

Die rechtlichen Grundlagen der Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

KURT BÄCHTOLD

von Schleitheim
(Kt. Schaffhausen)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. J. G. Lautner

Kommerzdruck und Verlags AG., Zürich

1949

Die rechtlichen Grundlagen der Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

KURT BÄCHTOLD

von Schleitheim
(Kt. Schaffhausen)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. J. G. Lautner

Kommerzdruck und Verlags AG. Zürich

1949

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Dezember 1947.

Der Dekan
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät:
Prof. Dr. K. Oftinger.



Meinen Eltern gewidmet



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhalts-Verzeichnis

	Seite
Vorwort	8
Abkürzungsverzeichnis	9
Literatur und Quellen	12
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Erlasse zur Lohn- und Verdienst- ersatzordnung	16
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Kreisschreiben zur Lohn- und Ver- dienstersatzordnung	18
Zitierweise	20

Einleitung

Die Beschaffung der Mittel für die Lohnausfallentschädigungen

§ 1. Das Problem der Finanzierung der Lohnzahlung während des Mi- litärdienstes in seiner historischen Entwicklung	21
I. Uebersicht über die Entwicklungsgeschichte der Lohnersatz- ordnung im allgemeinen	21
II. Die Frage der Finanzierung insbesondere	27
§ 2. Die Lösung der Finanzierungsfrage in der Lohnersatzordnung	32
I. Allgemeines	32
A. Formelles	32
B. Das Prinzip der Parität der Beitragsleistung	33
C. Der Gegenstand der Beitragspflicht	35
D. Die Ansätze	35
II. Die Beiträge aus öffentlichen Mitteln	39
III. Die Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer	42
A. Allgemeines	42
B. Das System der Beitragserhebung	43

1. Abschnitt

Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft als Entstehungsgrund der Beitragspflicht

1. Kapitel

Das Dienstverhältnis als sachliche Voraussetzung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft

§ 3. Allgemeine Begriffsbestimmung des Dienstverhältnisses	46
I. Einleitung	46
II. Begriffsbestimmung im Gesetz	51

	Seite
III. Die Auslegung des Begriffs	54
A. Die formelle Garantie der einheitlichen Auslegung	54
B. Die für die Auslegung massgebende ratio legis	56
C. Allgemeine Begriffsumschreibung	58
D. Berücksichtigung der Beurteilung des gleichen Verhältnisses auf andern Rechtsgebieten	61
§ 4. Die Bestandteile der Begriffsbestimmung	66
I. Arbeit	66
II. Entgelt	68
III. Abhängigkeit	73
A. Allgemeines	73
B. Positive Indizien einer Abhängigkeit	76
1. Abhängigkeit im einzelnen Arbeitsverhältnis	76
2. Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit	81
a) Die Art der vertraglichen Bindung	81
b) Besondere Vertragsbestimmungen	88
C. Negative Indizien einer Abhängigkeit	92
1. Uebernahme des Risikos am Arbeitserfolg	92
2. Aeussere Umstände	94
IV. Vertrag	98

2. Kapitel

Der Einfluss der persönlichen Verhältnisse auf die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft

Einleitung	106
§ 5. Natürliche und juristische Persönlichkeit	110
I. Arbeitgebereigenschaft	110
II. Arbeitnehmereigenschaft	111
A. Juristische Personen	111
B. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	115
§ 6. Alter, Geschlecht, Staatsangehörigkeit	118
§ 7. Zugehörigkeit zu Berufsgruppe oder Wirtschaftszweig	119
§ 8. Verwandtschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	121
I. Allgemeine Regelung	121
A. Problem und Anwendungsbereich	121
B. Die Grundsätze	123
II. Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft	130
A. Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft	130
1. Gründe und Ausgestaltung im Gesetz	130
2. Voraussetzungen	132
3. Ausschliesslichkeit	144

	Seite
B. Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied im Gewerbe	151
1. Gründe und Ausgestaltung im Gesetz	151
2. Voraussetzungen	154
3. Ausschliesslichkeit	158
C. Betriebsleitereigenschaft im Sinne der Verdienstersatzordnung	159
§ 9. Beteiligung an einem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis .	162
I. Allgemeines	162
II. Gesellschaftsverhältnisse	163
A. Das Problem	163
B. Die Grundsätze	172
1. Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit	172
2. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	175
3. Einfache Gesellschaften	178
III. Gemeinschaftsverhältnisse	182

3. Kapitel

§ 10. Die örtlichen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft

I. Im allgemeinen	186
A. Auf Arbeitgeberseite	186
B. Auf Arbeitnehmerseite	189
II. Subsidiäre örtliche Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft	192
III. Auslandschweizer	194

2. Abschnitt

Die Befreiung von der Beitragspflicht

Einleitung	198
§ 11. Die Befreiung kraft völkerrechtlicher Uebung	200
I. Allgemeines	200
II. Die Regelung im einzelnen	202
A. Dienstverhältnisse mit ausländischen oder internationalen Institutionen	203
B. Dienstverhältnisse zu Arbeitgebern mit diplomatischen Vorrechten	205
§ 12. Andere Befreiungsgründe	208
I. Unmöglichkeit der Beitragserhebung	208
II. Bedeutungslosigkeit der Beitragsleistung	209

VORWORT

Die vorliegende Abhandlung wurde im September 1946 der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich eingereicht, welche sie im Januar 1947 genehmigte. Nach Abschluss der mündlichen Prüfungen im Dezember 1947 habe ich es, einem allgemeinen Wunsch der Fakultät entsprechend, unternommen, die seit Einreichung der Dissertation in der Gesetzgebung, Literatur und Judikatur eingetretenen Abänderungen und Ergänzungen vor der Drucklegung ebenfalls noch zu verarbeiten, sodass die Arbeit nunmehr auf dem Stand der Gesetzgebung und Praxis vom 31. Dezember 1947 basiert. Da nach diesem Tage die Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung dahingefallen ist*, enthält die vorliegende Abhandlung eine Darstellung der Rechtsgrundlagen der Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung, wie sie am Ende der Entwicklung in Geltung standen.

Die Anregung zu dem gewählten Thema, die ins Jahr 1943 zurückgeht, verdanke ich meinem Studienfreund Markus Raedle. An dieser Stelle sei auch allen denen herzlich gedankt, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, in erster Linie meinem verehrten Lehrer

Herrn Prof. Dr. J. G. Lautner

für sein wohlwollendes Entgegenkommen und seine wertvollen Ratschläge, sowie Herrn P.-D. Dr. H. Herold, Sekretär des Schweizerischen Handels- und Industrievereins, Zürich, für die Erlaubnis zur Akteneinsicht. Ferner bin ich für die Hilfe bei der Beschaffung von Material und für verschiedene Auskünfte zu besonderem Dank verpflichtet: den Herren Dr. P. Gadmer und Dr. W. Meier, ehemals beim Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Unterabteilung Wehrmannsschutz, Bern, sowie Herrn F. Tschui, Verwalter der Ausgleichskasse des Kantons Schaffhausen.

Stein am Rhein, den 31. Juli 1948.

Der Verfasser.

* Bundesratsbeschluss zur Lohn-, Verdienstersatz- und Studiausfallordnung über die Auflösung der Wehrmannsausgleichskassen vom 23. Dezember 1947, Art. 1 I (AS 63, 1512).

Abkürzungs-Verzeichnis

Abh.	—	Abhandlung
ABO	==	Ausführungsbestimmungen des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements zum Bundesratsbeschluss vom 9. Juni 1944 über die Ausrichtung finanzieller Beihilfen an landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Gebirgsbauern vom 20. Juni 1944/26. März 1946 (AS 60, 441; 62, 425)
AG	=	Aktiengesellschaft
AKL	==	Eidgenössische Aufsichtskommission für die Lohnersatzordnung
AKV	==	Eidgenössische Aufsichtskommission für die Verdienstersatzordnung
ALEO	==	Ausführungsverordnung zur Lohnersatzordnung (vollständig zit. S. 16)
alt	==	aufgehobener Erlass oder Gesetzesartikel
AS	==	Eidgenössische Gesetzsammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Neue Folge)
ASMZ	—	Allgemeine Schweizerische Militärzeitung (Zofingen)
aufgeh.	—	aufgehoben
Ausk.	—	Auskunft Nr. ... des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit
AVEO	==	Ausführungsverordnung zur Verdienstersatzordnung (vollständig zit. S. 17)
BBl	—	Bundesblatt
BG	—	Bundesgesetz
BGB	==	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGE	—	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BIGA	—	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BO	==	(Beihilfenordnung) Bundesratsbeschluss über die Ausrichtung finanzieller Beihilfen an landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Gebirgsbauern vom 9. Juni 1944/15. März 1946 (AS 60, 379; 62, 369)
BRB	==	Bundesratsbeschluss
Erw.	==	Erwägung

EVD	=	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
ExpBer AHV	=	Bericht der eidgenössischen Expertenkommission für die Einführung der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 16. März 1945
Fabrikgesetz	=	Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (AS 30, 535)
FOAL	=	Finanzordnung für Arbeit und Lohnersatz (vollständig zit. S. 16)
i. S.	=	im Sinne
i. Sa.	=	in Sachen
KS	=	Kreisschreiben
KUVG	=	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (AS 28, 353)
LEO	=	Lohnersatzordnung (vollständig zit. S. 16)
lit.	=	littera
MittBl	=	Mitteilungsblatt
MO	=	Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907 (AS 23, 781)
N	=	Note, Fussnote, Anmerkung (in Kommentaren = Randnote)
NZZ	=	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936/10. Dezember 1941
SAZ	=	Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung (Zürich)
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJZ	=	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
StenBull NR (StR)	=	Ämtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung. Nationalrat (Ständerat)
SUVA	=	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt Luzern
SZG	=	Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit (Zürich)
u. a.	=	unter anderem, und andere
VAS	=	Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz. 1. Teil. Herausgegeben vom EVD (Einsiedeln 1925)
VEO	=	Verdienstersatzordnung (vollständig zit. S. 16)
Vfg	=	Verfügung
VO	=	Verordnung
Vollmachten-bericht	=	Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die auf Grund der ausserordentlichen Vollmachten ergriffenen Massnahmen
Vorbem.	=	Vorbemerkung
VSA	=	Vereinigung schweizerischer Angestelltenverbände

VW	=	Verbindliche Weisungen zur Lohnersatzordnung (vollständig zit. S. 17)
WS	=	Unterabteilung Wehrmannsschutz des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit
ZAK	=	„Zeitschrift für die Ausgleichskassen“ (Fortsetzung der Zeitschrift: „Die eidgenössische Lohn- und Verdienstersatzordnung“). Herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit und vom Bundesamt für Sozialversicherung, Bern (siehe S. 15)
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
zit.	=	zitiert
ZLV	=	Zeitschrift „Die eidgenössische Lohn- und Verdienstersatzordnung“ (seit 1. Nov. 1946: „Zeitschrift für die Ausgleichskassen“), herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern. (Siehe S. 15)

Literatur und Quellen

I. Literatur-Verzeichnis

- Aebi E., Die Verhältnisse bei der Landwirtschaft (aus der Abhandlungsreihe: Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes, SZG Jahrg. 78 (1939), Heft 6, S. 149 ff.)
- Attinger Karl, Les Caisses de Compensation militaires. Le régime des allocations pour perte de salaire institué par l'Arrêté du Conseil Fédéral du 20 décembre 1939 et ses repercussions (Diss. Zürich 1946).
- Baur Willy, Die Lohn- und Verdienstersatzordnung („Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen" Bd. 39 (1941) S. 369 ff.)
- Büchler Eduard, Militärdienst und Arbeitgeber („Mitteilungen des kantonal-bernischen Handels- und Industrievereins" Jahrg. 14 (1938), Heft 5, S. 153 ff.)
- Die soziale Schweiz. Sozialpolitik in Kriegszeiten. (Schriftenreihe des Aufklärungsdienstes der Eidg. Zentralstelle für Kriegswirtschaft, Heft 1, Bern 1942).
- Egli G., Die Stellung der Arbeiterschaft (aus der Abhandlungsreihe: Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes, SZG Jahrg. 78 (1939), Heft 6, S. 153 ff.)
- Gafner Max, Schafft Ausgleichskassen für unsere Wehrmänner! („Mitteilungen des kantonal-bernischen Handels- und Industrievereins" Jahrg. 15 (1939), Heft 5, S. 178 ff.)
- Die Schaffung von Ausgleichskassen für unsere Wehrmänner. Nach einem Referat („Mitteilungen des kantonal-bernischen Handels- und Industrievereins" Jahrg. 15 (1939), Heft 6, S. 209 ff.)
- Guhl Theo, Das schweizerische Obligationenrecht (3. Aufl. Zürich 1944).
- Gutersohn A., Die besondere Lage des selbständigen Gewerbes (aus der Abhandlungsreihe: Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes, SZG Jahrgang 78 (1939), Heft 6, S. 145 ff.)
- Gysin Arnold, Arbeitsrecht; mit einer Uebersicht über Lösungsversuche des Auslandes (Zürich 1943).
- Holzer Max, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen der Lohn- und Verdienstersatzordnung (ZLV Jahrg. 1941, Heft 2, S. 39 ff., Heft 3, S. 73 ff., Heft 4, S. 99 ff.)

- Wehrmannusschutz und Wehrmannsfürsorge während des gegenwärtigen Krieges (ASMZ Jahrg. 91 (1945) Heft 1 S. 1 ff., Heft 2 S. 97 ff., Heft 3 S. 124 ff.)
- Höriger Max, Ein Beitrag zur Lösung der Frage der Lohnzahlung während des Militärdienstes („Schweizerische Monatsschrift für Offiziere aller Waffen“ Jahrg. 51 (1939), Heft 7, S. 229 ff., Heft 8, S. 269 ff.)
- Huber Hans, Neue Rechtsbegriffe auf dem Gebiet der Lohn- und Verdienstersatzordnung (SJZ Jahrg. 41 (1945), Heft 4, S. 49 ff.)
- Huber Karl, Lohn und Militärdienst („Politische Rundschau“ Jahrg. 18 (1939), Heft 7/8, S. 204 ff.)
- Hueck Alfred/Nipperdey H. C., Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I (2. Auflage Mannheim, Berlin, Leipzig 1928).
- Hunold A., Das Solidaritätsprinzip in der Lohn- und Verdienstersatzordnung (NZZ Nr. 747 vom 2. Mai 1944).
- Joss R. W., Probleme der Durchführung des Lohnausgleichs in der Heimarbeit. Bern 1940. (Schriftenreihe des schweizerischen Verbandes für Heimarbeit, Nr. 2; auch erschienen in der „Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft“, Jahrg. 76 (1940), S. 29 ff.)
- Kaskel Walter, Arbeitsrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch/Kaskel, Bd. 31, Berlin 1925).
- Katz Robert, Der Entgeltsanspruch des Dienstpflichtigen in den Fällen einer Arbeitsverhinderung nach Art. 335 des schweizerischen Obligationenrechts und die analogen Bestimmungen in den Nachbarländern der Schweiz (Diss. Zürich 1938).
- Küry Ernst, Lohnersatz und Ausgleichskassen. Einführung in die neue Lohnersatzordnung und Sammlung der einschlägigen Bestimmungen, Weisungen und Tabellen. Basel 1940. Nachtrag 1940. — 2. Aufl. 1940. — 3. Aufl. 1941 (Lohnersatz und Verdienstersatz).
- Lautner J. G., Geltendes und künftiges Angestelltenvertragsrecht. Auf rechtsvergleichender Grundlage (Graz 1927).
- Meier W., Der Invalide in der Lohn- und Verdienstersatzordnung (Sonderabdruck aus „Gesundheit und Wohlfahrt“ Jahrg. 1941, Heft 3, S. 135 ff.)
- Molitor Erich, Das Wesen des Arbeitsvertrages (Leipzig 1925).
- Nawiasky Hans, Die Rechtsverhältnisse bei der Entschädigung für den Einkommensausfall der aktivdiensttuenden Wehrmänner („Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung“ Jahrg. 41 (1940), Heft 23, S. 441 ff.)
- Niederer Werner, Die Lohnzahlung während des Militärdienstes (SJZ Jahrgang 32 (1935/36), S. 214).
- Nikisch Arthur, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag (Berlin 1926).

- Oertmann Paul, Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluss der Arbeitskämpfe (Berlin 1923).
- Oser-Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 2. Teil (2. Aufl. Zürich 1936).
- Rohr Hans, Was sagt der Arbeitgeber? (aus der Abhandlungsreihe: Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes, SZG Jahrg. 78 (1939), Heft 6, S. 141 ff.)
- Schmid-Ruedin Ph., Die Vorschläge der Angestellten (aus der Abhandlungsreihe: Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes, SZG Jahrg. 78 (1939), Heft 6, S. 151 ff.)
- Schneeberger Ernst, Die Lohnzahlung während des Militärdienstes des Dienstpflichtigen (Diss. Bern 1938. Abh. zum schweiz. Recht, Neue Folge, Heft 138).
Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes: Das Problem (SZG Jahrg. 78 (1939), Heft 6, S. 136 ff.)
- Schreurs Lothar, Die soziale Entwicklung des Arbeitsrechts (Dissertation Bern 1946).
- Schweingruber Edwin, Das Arbeitsrecht der Schweiz. Seine Gestalt und seine Gestaltung (Zürich 1946).
- Seiler Eduard, Die Neuordnung der Arbeitslosenfürsorge und der Arbeitsbeschaffung im Zusammenhang mit der Revision der Lohn- und Verdienstaussgleichskassen (Zeitfragen der Schweizerischen Wirtschaftspolitik Nr. 9 vom 14. November 1941, herausgegeben von der Aktionsgemeinschaft Nationaler Wiederaufbau).
- Siegwart, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Zürich 1938).
- Steinmann Otto, Lohnausfall infolge von Militärdienst (SAZ Jahrg. 34 (1939), Heft 26, S. 366 ff.)
- Projekt für den wirtschaftlichen Schutz der schweizerischen Wehrmänner durch Ausgleichskassen (SAZ Jahrg. 34 (1939), Heft 47, S. 685 ff.)
- Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, 1. Teil. Herausgegeben vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (Einsiedeln 1925).
- Wegleitung zur Lohn- und Verdienstersatzordnung. Herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (Bern 1945).
- Verschiedene anonyme Abhandlungen in folgenden Zeitschriften und Zeitungen:
„Gewerkschaftliche Rundschau“. Monatschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (Bern).
„Mitteilungsblatt der Vereinigung schweizer. Angestelltenverbände“ (Zürich).
„Neue Zürcher Zeitung“ (Zürich).
„Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung“. Herausgegeben vom Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen (Zürich).

„Die eidgenössische Lohn- und Verdienstersatzordnung“. Vom 1. Oktober 1941 bis 31. Oktober 1946 offizielles Organ des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern. (Ab. 1. November 1946 unter der Bezeichnung „Zeitschrift für die Ausgleichskassen“ weitergeführt vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit und vom Bundesamt für Sozialversicherung.)

„Zeitschrift für die Ausgleichskassen“ (Fortsetzung der Zeitschrift: „Die eidgenössische Lohn- und Verdienstersatzordnung“). Vom 1. November 1946 bis 29. Februar 1948 herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit und vom Bundesamt für Sozialversicherung, seit 1. März 1948 allein vom Bundesamt für Sozialversicherung (Sektion Alters- und Hinterlassenenversicherung).

II. Quellen

Lohn- und Verdienstersatzordnung. Textausgabe der geltenden Erlasse. Herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit. I. Ausgabe nach dem Stand vom 1. Juli 1942; II. Ausgabe nach dem Stand vom 1. September 1944; III. Ausgabe nach dem Stand vom 1. Januar 1945; IV. Ausgabe nach dem Stand vom 30. November 1945.

Die Rechtsprechung der eidgenössischen Aufsichtskommissionen für die Lohn- und Verdienstersatzordnung in den Jahren 1940 bis 1944. Herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern 1943.

Die Rechtsprechung der eidgenössischen Aufsichtskommissionen für die Lohn- und Verdienstersatzordnung in den Jahren 1940 bis 1944. Herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern 1945.

Lohn- und Verdienstersatzordnung. Sammlung der geltenden Kreisschreiben nach dem Stand vom 31. Dezember 1945. Herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern 1946.

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Erlasse zur Lohn- und Verdienstersatzordnung

zit.	Titel:
LEO	BRB über eine provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an militärdienstleistende Arbeitnehmer (Lohnersatzordnung), vom 20. Dezember 1939 (AS 55, 1505), abgeändert durch: BRB vom 26. Januar 1940 (AS 56, 125), 28. Dezember 1940 (AS 56, 2036), 19. September 1941 (AS 57, 1058), 7. Oktober 1941 (57, 1116), 24. Februar 1942 (AS 58, 176), 26. Januar 1943 (AS 59, 92), 28. Januar 1944 (AS 60, 121), 26. Mai 1944 (AS 60, 347), 10. Oktober 1944 (AS 60, 633), 26. März 1945 (AS 61, 160), 31. Juli 1945 (AS 61, 563).
ALEO	Ausführungsverordnung zum BRB über eine provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an militärdienstleistende Arbeitnehmer, vom 4. Januar 1940 (AS 56, 11), abgeändert durch: BRB vom 28. Dezember 1940 (AS 56, 2036), 19. September 1941 (AS 57, 1058), 13. März 1942 (AS 58, 249), 26. Januar 1943 (AS 59, 92), 28. Januar 1944 (AS 60, 121), 10. Oktober 1944 (AS 60, 633), 26. März 1945 (AS 61, 160), 31. Juli 1945 (AS 61, 563).
VEO	BRB über eine provisorische Regelung der Verdienstausfallentschädigungen an militärdienstleistende Selbständigerwerbende (Verdienstersatzordnung), vom 14. Juni 1940 (AS 56, 917), abgeändert durch: BRB vom 9. August 1940 (AS 56, 1384), 28. Dezember 1940 (AS 56, 2039), 19. September 1941 (AS 57, 1060), 24. Februar 1942 (AS 58, 178), 13. März 1942 (AS 58, 249), 26. Januar 1943 (AS 59, 94), 28. Januar 1944 (AS 60, 124), 5. April 1944 (AS 60, 214), 26. Mai 1944 (AS 60, 349), 10. Oktober 1944 (AS 60, 636), 26. März 1945 (AS 61, 165), 31. Juli 1945 (AS 61, 563), 11. Januar 1946 (AS 62, 154), 22. April 1947 (AS 63, 352).
FOAL	BRB über die Aufbringung der Mittel für die Lohnausfallentschädigungen an Wehrmänner sowie für die Arbeitsbeschaffung und die Arbeitslosenfürsorge (Finanzordnung für Arbeit und Lohnersatz), vom 7. Oktober 1941 (AS 57, 1116), 9. Juni 1944 (AS 60, 389), 22. April 1947 (AS 63, 352).

VW

Verbindliche Weisungen des EVD zu dem BRB vom 20. Dezember 1939 über eine provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an militärdienstleistende Arbeitnehmer und zu der Ausführungsverordnung zu diesem BRB vom 4. Januar 1940, erlassen am 27. Januar 1940 (AS 56, 140), abgeändert durch:

- Vfg. Nr. 14 des EVD vom 30. Dezember 1940 (AS 56, 2058),
- Vfg. Nr. 16 des EVD vom 5. Februar 1941 (AS 57, 152),
- Vfg. Nr. 22 des EVD vom 30. September 1941 (AS 57, 1125),
- Vfg. Nr. 23 des EVD vom 8. Oktober 1941 (AS 57, 1162),
- Vfg. Nr. 27 des EVD vom 27. Januar 1942 (AS 58, 111),
- Vfg. Nr. 30 des EVD vom 24. Februar 1942 (AS 58, 181),
- Vfg. Nr. 32 des EVD vom 16. Mai 1942 (AS 58, 464),
- Vfg. Nr. 35 des EVD vom 29. Juni 1942 (AS 58, 621),
- Vfg. Nr. 36 des EVD vom 19. März 1943 (AS 59, 247),
- Vfg. Nr. 43 des EVD vom 11. März 1944 (AS 60, 184),
- Vfg. Nr. 49 des EVD vom 8. Juni 1944 (AS 60, 393),
- Vfg. Nr. 50 des EVD vom 13. November 1944 (AS 60, 737),
- Vfg. Nr. 53 des EVD vom 24. März 1945 (AS 61, 197),
- Vfg. Nr. 57 des EVD vom 20. Oktober 1945 (AS 61, 908).

AVEO

Ausführungsverordnung des EVD zum BRB vom 14. Juni 1940 über die Verdienstersatzordnung, vom 25. Juni 1940 (AS 56, 973), abgeändert durch:

- Vfg. Nr. 9 des EVD vom 31. August 1940 (AS 56, 1460),
- Vfg. Nr. 15 des EVD vom 30. Dezember 1940 (AS 56, 2064),
- Vfg. Nr. 17 des EVD vom 2. April 1941 (AS 57, 347),
- Vfg. Nr. 23 des EVD vom 8. Oktober 1941 (AS 57, 1162),
- Vfg. Nr. 24 des EVD vom 9. Oktober 1941 (AS 57, 1167),
- Vfg. Nr. 28 des EVD vom 28. Januar 1942 (AS 58, 115),
- Vfg. Nr. 30 des EVD vom 24. Februar 1942 (AS 58, 181),
- Vfg. Nr. 33 des EVD vom 16. Mai 1942 (AS 58, 466),
- Vfg. Nr. 37 des EVD vom 19. März 1943 (AS 59, 250),
- Vfg. Nr. 43 des EVD vom 11. März 1944 (AS 60, 184),
- Vfg. Nr. 45 des EVD vom 25. März 1944 (AS 60, 216),
- Vfg. Nr. 47 des EVD vom 22. Mai 1944 (AS 60, 350),
- Vfg. Nr. 49 des EVD vom 8. Juni 1944 (AS 60, 393),
- Vfg. Nr. 50 des EVD vom 13. November 1944 (AS 60, 737),
- Vfg. Nr. 53 des EVD vom 24. März 1945 (AS 61, 197),
- Vfg. Nr. 58 des EVD vom 6. April 1946 (AS 62, 469),
- Vfg. Nr. 60 des EVD vom 24. Dezember 1946 (AS 62, 1175).

alt Vfg. 4

Vfg. Nr. 4 des EVD zur Lohn- und Verdienstersatzordnung (Unterstellung der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten und Angehörigen ähnlicher Berufsgruppen), vom 2. August 1940 (AS 56, 1340; aufgehoben).

- Vfg. 42 Vfg. Nr. 42 des EVD zur Lohnersatzordnung (Nichtanwendung auf Dienstverhältnisse mit ausländischen Staaten, internationalen Institutionen und exterritorialen Personen), vom 7. März 1944 (AS 60, 182).
- Vfg. 44 Vfg. Nr. 44 des EVD zur Lohn- und Verdienstersatzordnung (Unterstellung der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten und Angehöriger ähnlicher Berufsgruppen), vom 13. März 1944 (AS 60, 194).
- Vfg. 46 Vfg. Nr. 46 des EVD zur Verdienstersatzordnung (Veranlagung der Landwirtschaftsbetriebe), vom 27. März 1944 (AS 60, 221), abgeändert durch Vfg. Nr. 53 des EVD vom 24. März 1945 (AS 61, 197).
- Vfg. 48 Vfg. Nr. 48 des EVD zur Verdienstersatzordnung (Veranlagung der Gewerbetreibenden), vom 22. Mai 1944 (AS 60, 353), abgeändert durch Vfg. Nr. 53 des EVD vom 24. März 1945 (AS 61, 197).
- Vfg. 56 Vfg. Nr. 56 des EVD zur Lohn- und Verdienstersatzordnung (Ausgleichskasse für Auslandschweizer), vom 27. August 1945 (AS 61, 681).

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Kreisschreiben zur Lohn- und Verdienstersatzordnung

- KS des BIGA vom 1. August 1940 zur Lohnersatzordnung an die kantonalen Ausgleichskassen (Gegenstand: Unterstellung der Magistratspersonen).
- KS des BIGA vom 26. September 1940 (aufgeh.) zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Beitragspflicht der Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften und Genossenschaften).
- KS des BIGA vom 8. November 1940 (aufgeh.) zur Lohn- und Verdienstersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Freiwillige Grenzschutztruppen; Beschäftigung von Internierten; Teuerungszulagen; Höchstalter für die Gewährung von Kinderzulagen).
- KS des BIGA vom 29. März 1941 zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Beitragspflicht auf den Bezügen der Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften und Genossenschaften).
- KS des BIGA vom 27. Juni 1941 (aufgeh.) zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Unterstellung der Internierten).
- KS Nr. 14 des BIGA vom 28. Mai 1942 zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Heimarbeit).

- KS Nr. 18 des BIGA vom 29. Juli 1942 zur Lohnersatzordnung an die kantonalen Ausgleichskassen (Gegenstand: Anwendung auf Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber der Lohnersatzordnung nicht unterstehen, und auf Absolventen von höheren Lehranstalten).
- KS Nr. 44 des BIGA vom 19. Januar 1944 zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Beitragspflicht auf den Arbeitslöhnen der Internierten und Kriegsgefangenen).
- KS Nr. 46 des BIGA vom 20. März 1944 zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Nichtanwendung auf Dienstverhältnisse mit ausländischen Staaten, internationalen Institutionen und exterritorialen Personen).
- KS Nr. 51 des BIGA vom 4. Mai 1944 zur Lohn- und Verdienstersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Unterstellung der Handelsreisenden und Vertreter).
- KS Nr. 60 des BIGA vom 19. Juli 1944 zur Verdienstersatzordnung an die kantonalen Ausgleichskassen (Gegenstand: Wegleitung über die Veranlagung der Landwirtschafts-, Forst- und Alpbetriebe).
- KS Nr. 63 des BIGA vom 29. Juli 1944 zur Verdienstersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Unterstellung und Beiträge der Gewerbetreibenden).
- KS Nr. 69 des BIGA vom 30. November 1944 zur Lohnersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Veranlagung nach Lohnersatzordnung und eidgenössischem Steuerrecht).
- KS Nr. 75 des BIGA vom 5. Februar 1945 (aufgeh.) zur Verdienstersatzordnung an die kantonalen Ausgleichskassen (Gegenstand: Mitarbeitende Familienglieder in der Landwirtschaft).
- KS Nr. 78 des BIGA vom 24. März 1945 zur Lohn- und Verdienstersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Abänderung verschiedener Bestimmungen der Lohn- und Verdienstersatzordnung durch Vfg. 53 des EVD).
- KS Nr. 91 des BIGA vom 30. August 1945 zur Lohn- und Verdienstersatzordnung an alle Ausgleichskassen (Gegenstand: Ausgleichskasse für Auslandschweizer).
-

Zitierweise

1. Gesetz

Im Anschluss an die Abkürzung des Gesetzes werden die Artikel durch arabische, die einzelnen Absätze eines Artikels durch römische Ziffern bezeichnet. Beispiel: LEO 6 II = Lohnersatzordnung Art. 6, Abs. 2.

Bei wiederholt abgeänderten Gesetzen wird in Klammer oder Anmerkung das Datum der zitierten Fassung sowie die Publikation in der eidg. Gesetzsammlung (AS) durch Band und Seitenzahl angegeben. Beispiel: VW 12 III (19.3.43; AS 59, 248).

2. Literatur

Bücher, welche im vorstehenden Literaturverzeichnis aufgenommen sind, werden nur mit Verfassernamen und anschliessender Seitenzahl (in Kommentaren Artikel und Randnote) zitiert. Beispiele: Kaskel 34; Siegwart, Art. 537 N 11.

Bei Zeitschriftenabhandlungen, die im vorstehenden Literaturverzeichnis aufgeführt sind, erfolgt die Zitierung nur unter Angabe des Verfassers mit nachfolgender Bezeichnung (ev. Abkürzung), Jahrgang und Seitenzahl der Zeitschrift. Beispiele: Karl Huber, „Politische Rundschau“ 1939, 205; Gutersohn, SZG 1939, 145.

Anonyme Zeitschriftenaufsätze werden mit Titel und Angabe der Zeitschrift mit Jahrgang und Seitenzahl angeführt; vielfach wird der Titel auch weggelassen oder abgekürzt wiedergegeben.

3. Judikatur

Die in der ZLV bzw. ZAK publizierten Entscheidungen der AKL und AKV sind mit einer Ordnungsnummer versehen. Die Zitierung erfolgt nach dieser Nummer unter Voranstellung der Abkürzung der betr. Instanz und nachfolgender Angabe von Abkürzung, Jahrgang und Seitenzahl der Zeitschrift. Beispiele: **AKL 466**, ZLV 1944, 291; **AKV 7**, ZLV 1941, 33.

Nicht publizierte Entscheidungen der AKL und AKV werden unter Voranstellung der Abkürzung der Instanz durch Angabe der Initialen des Beschwerdeführers (bzw. Beschwerdebeklagten) und Datum der Entscheidung zitiert. Beispiel: **AKL i. Sa. L.** vom 24.11.43.

Die Beschaffung der Mittel für die Lohnausfallentschädigungen

§ 1. Das Problem der Finanzierung der Lohnzahlung während des Militärdienstes in seiner historischen Entwicklung

I. Uebersicht über die Entwicklungsgeschichte der Lohnersatzordnung im allgemeinen¹

A. Das in der schweizerischen Armee seit jeher bestehende Milizsystem mit den sich jahrelang wiederholenden Ausbildungskursen des Auszuges und der Landwehr entzieht nicht nur die jungen Rekruten, sondern auch die späteren Jahrgänge ihrer beruflichen Betätigung und greift damit tief in das wirtschaftliche Fortkommen des militärdienstpflichtigen Bürgers ein. Es erübrigt sich, hier auf alle wirtschaftlichen Nachteile und die Massnahmen zu ihrer Beseitigung, wie Schutz vor Kündigung des Anstellungsverhältnisses, Rechtsstillstand für Wehrmänner, Militärversicherung usw. näher einzutreten. Im Rahmen dieser Abhandlung soll nur ein Problem erörtert werden: die Frage der Lohnzahlung während des Militärdienstes an Unselbständigerwerbende.

Schon seit der Jahrhundertwende sind verschiedene Wege zur Lösung dieser Frage versucht worden. Sie beruhten teils auf gesetzlicher, teils vertraglicher, teils freiwilliger Basis.

1. In *gesetzlicher* Hinsicht bestand einzig die Regelung von OR 335, wonach bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag der Dienstpflichtige bei Verhinderung der Leistung der Dienste durch obligatorischen schweizerischen Militärdienst für eine verhältnismässig kurze Zeit Anspruch auf Lohnzahlung hatte.² Abgesehen davon, dass sich über den Begriff des „auf längere Dauer“ abgeschlossenen Dienstvertrages und den Begriff der Lohnzahlung „während einer verhältnismässig kurzen Zeit“ keine einheitliche Auslegungspraxis entwickelte³,

¹ Vgl. dazu Attinger 1 ff.; Holzer, ASMZ 1945, 1 ff.

² Diese Bestimmung ist in bezug auf den Militärdienst für die Geltungsdauer der Lohnersatzordnung ausser Kraft gesetzt, ausgenommen für Wehrmänner, die keine Lohnausfallentschädigung erhalten, was praktisch nicht vorkommen dürfte; vgl. ALEO 22 (AS 56, 16) und VW 46 (AS 56, 154).

³ Katz 91 ff., 148 ff.

erstreckte sich der Geltungsbereich dieses Artikels nur auf einen Teil der Arbeitnehmer, nämlich auf die in einem Dienstvertrag nach OR 319 ff. stehenden Personen. Praktisch ist dieser Kreis ausserdem noch dadurch verkleinert worden, dass der Arbeitnehmer oft auf die Durchsetzung seines Anspruches aus OR 335 verzichtet, weil er den Verlust seiner Stelle zu befürchten hätte. Für einen umfassenden Schutz der unselbständigerwerbenden Wehrmänner vor Lohnausfall konnte deshalb diese Bestimmung nicht ausreichen.⁴

2. Eine andere Lösung ist durch Abschluss von *vertraglichen* Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern versucht worden, wobei insbesondere dem Abschluss von *Gesamtarbeitsverträgen* Bedeutung zukam.⁵ Allein, solange diese nicht allgemeinverbindlich erklärt werden konnten, vermochten auch solche Vereinbarungen auf vertraglicher Basis den Mangel einer umfassenden gesetzlichen Lösung nicht zu beheben.

3. Eine weitgehende Hilfsmassnahme stellten die *freiwilligen* Leistungen der Arbeitgeber an ihre im Militärdienst weilenden Arbeitnehmer dar. An Aufrufen und Richtlinien dazu hat es nicht gefehlt⁶, besonders zu Beginn des Aktivdienstes 1939⁷. Es erscheint jedoch als offensichtlich, dass die Lösung des Problems auf freiwilliger Basis ein Stückwerk bleiben musste. Denn einerseits ergab sich daraus eine ungleiche Behandlungsweise der Arbeitnehmer in den verschiedenen Betrieben und andererseits bedeuteten diese Ausgaben oft eine allzu

⁴ Schneeberger (Diss.) 74.

⁵ Verschiedene solcher Gesamtarbeitsverträge sind aufgeführt bei Bächler, Militärdienst und Arbeitgeber, „Mitteilungen des kantonal-bernischen Handels- und Industrievereins“ 1938, 153.

⁶ Vgl. z. B. die „Richtlinien für die Behandlung militärdienstpflichtiger Angestellter und Arbeiter“ vom Juni 1929, erlassen von den Spitzenverbänden der Arbeitgeber (Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, Schweizerischer Handels- und Industrieverein, Schweizerischer Gewerbeverband) in Verbindung mit der Schweizerischen Offiziersgesellschaft, im Wortlaut publ. bei Schneeberger 76 und in SAZ 1939, 212/13. Dazu Attinger 5 ff.

⁷ Vgl. z. B. die Richtlinien des Schweizerischen Handels- und Industrievereins vom 6. Okt. 1939, ferner die Empfehlungen verschiedener Arbeitgeberverbände in SAZ 1939, 571, 572, 576 und 589.

grosse Belastung für die Arbeitgeber⁸, vor allem für die Inhaber gewerblicher Kleinbetriebe, weshalb in diesen Betrieben eine Lohnzahlung während des Militärdienstes allgemein als nicht üblich galt.⁹

B. Die Massnahmen zur Lösung des Problems auf der bisherigen gesetzlichen, vertraglichen oder freiwilligen Grundlage wurden schon früh als ungenügend erkannt. Im Jahre 1911 reichte Nationalrat Walther am 27. September ein Postulat ein, durch das der Bundesrat eingeladen wurde, die Frage zu prüfen, ob es nicht Aufgabe des Staates sei, den Wehrpflichtigen für den während des Militärdienstes erlittenen Lohnausfall einen angemessenen Ersatz zu leisten.¹⁰ In der Zeit nach dem ersten Weltkrieg, in der man einen weitgehenden Abbau des Militärapparates erhoffte, wurde dem Problem aus naheliegenden Gründen keine Aufmerksamkeit mehr geschenkt. Erst das Scheitern der Abrüstungskonferenz und die darauf folgende Wiederaufrüstung in den Dreissigerjahren, welche Massnahmen in der Schweiz im Jahre 1934 zu einer Verlängerung der Rekrutenschulen Anlass gaben, vermochten das Problem der Lohnzahlung während des Militärdienstes erneut in den Vordergrund zu rücken: Neben dem noch vor der allgemeinen Wiederaufrüstung eingereichten Postulat Gottret vom 13. Dezember 1928, das eine Revision des Fabrikgesetzes durch Statuierung der obligatorischen Lohnzahlungspflicht während des Militärdienstes verlangte, stammte aus dieser Zeit das Postulat Moser vom 24. September 1936, das den Bundesrat zur Prüfung einer gesetzlichen Regelung dieser Frage und zur Berichterstattung einlud.¹¹

Die im Jahre 1938 beschlossene Verlängerung der Wiederholungskurse und die Schaffung von Kursen für Grenztruppen führten zu einer Reihe von parlamentarischen Postulaten¹², die zur Folge hatten, dass

⁸ Holzer, ZLV 1941, 41; „Die soziale Schweiz“ 21.

⁹ Gutersohn, SZG 1939, 145 ff.

¹⁰ Vgl. die Zusammenstellung aller parlamentarischen Postulate und Motionen über diesen Gegenstand im Wortlaut in ZLV 1943, 249 ff.

¹¹ Siehe N° 10.

¹² Postulat Flückiger vom 28. April 1938; Postulat der Kommission des Nationalrates für die Kurse der Grenztruppen vom 24. Mai 1938; Postulat der Kommission des Ständerates für die Verlängerung der Wiederholungskurse vom 8. Juni 1938. Vgl. N° 10.

am 20. September 1938 eine erste Aussprache zwischen Vertretern des Bundes und der Arbeitgeberorganisationen stattfand.¹³

Aber auch die Arbeitnehmerverbände blieben nicht untätig. Am 26. November 1938 reichte die Vereinigung Schweizerischer Angestelltenverbände eine Eingabe mit einem umfassenden Lösungsvorschlag an den Bundesrat ein¹⁴, dem am 7. Januar 1939 der Schweizerische Gewerkschaftsbund mit einer weiteren Eingabe folgte.¹⁵ Unterdessen war im Parlament ein neues, in gleicher Richtung zielendes Postulat Schmid-Ruedin vom 20. Dezember 1938 eingereicht worden.

Nachdem die eidgenössischen Räte in der Januar-Februar-Session 1939 erneut eine Verlängerung der Rekruten- und dazu der Unteroffiziersschulen beschlossen hatten, wobei auch die Frage der Lohnzahlung während des Militärdienstes zur Sprache kam¹⁶, wurde im Frühjahr 1939 mit den eigentlichen Vorarbeiten für die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen begonnen. Anlass dazu gaben vor allem auch die Befürchtungen der militärischen Kreise, dass angesichts der Verlängerung der Rekruten- und Kaderschulen die Verzögerung der Lösung dieses Problems den Kadernachwuchs gefährden könnte. Daher beauftragte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement am 13. April 1939 das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes, der dann vom letzteren am 6. Juni 1939 dem Departement eingereicht wurde.¹⁷ Inzwischen fanden am 14. April zwischen dem erwähnten Departement und den Spitzenverbänden der Arbeitgeberorganisationen, sowie am 20. April zwischen dem Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit und den Spitzenverbänden der Arbeitnehmerorganisationen Aussprachen statt. Nach einem Meinungsaustausch mit der Schweizerischen Offiziersgesellschaft und der Schweizerischen Vereinigung für Sozialpolitik wurden von den Spitzenverbänden der Arbeitgeber am 10. Juli 1939 Thesen aufgestellt, die als Grundlage für die weitere Entwicklung dienen sollten. Ausserdem hatte im Juli 1939 die Freisinnig-demokratische Partei der Schweiz zu Handen der radikal-demokratischen Frak-

¹³ Vgl. dazu und zum folgenden ausführlich Attinger 12 ff.

¹⁴ MittBl der VSA 1939, 32/33.

¹⁵ Vgl. Wortlaut in „Gewerkschaftliche Rundschau“ 1939, 77 ff.

¹⁶ StenBull StR 1939, 18 ff.

¹⁷ ZLV 1944, 3.

tion der Bundesversammlung „Vorschläge betreffs Verdienstaussfall durch Militärdienst“ ausgearbeitet.¹⁸ Gewisse Richtlinien für eine gesetzliche Regelung enthielt auch die von der Schweizerischen Offiziersgesellschaft am 8. Juli 1939 gefasste „Resolution betreffend Entschädigung der zum Militärdienst verpflichteten Bürger“.¹⁹

Eine auffallende Häufung von Publikationen vor allem im Juli und August 1939 in verschiedenen Zeitschriften zeigte, wie gross das Interesse aller Bevölkerungskreise für dieses Problem war.²⁰ Ausserdem waren schon vorher von privater Seite in grösseren Abhandlungen Vorschläge²¹ und zum Teil vollständige Gesetzesentwürfe ausgearbeitet worden.²² Die Bestrebungen der Bundesbehörden und der Wirtschaftsverbände liessen keine Zweifel aufkommen, dass mit einer baldigen gesetzlichen Regelung des Problems gerechnet werden konnte. —

Soweit der Stand der Vorarbeiten vor dem Kriegsausbruch 1939.²³ Die Kriegsmobilmachung der schweizerischen Armee verlangte gebieterisch eine rasche Regelung. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ersuchte deshalb den Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, mit den Verbänden der Arbeitnehmer in Verbindung zu treten, um vorläufig ohne behördliche Mitwirkung in der Frage der Lohnzahlung während des Aktivdienstes eine Einigung anzustreben.

Am 12. Oktober 1939 stellte der Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen einen ersten Entwurf zu einem „Bundesratsbeschluss über die Entschädigung der Angehörigen von Wehrmännern“ auf²⁴, der dann mit einigen Abänderungen als Entwurf der Arbeitgeber-Spitzenverbände (Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, Schweizerischer Handels- und Industrieverein,

¹⁸ Im Wortlaut publ. in SAZ 1939, 443/44.

¹⁹ Im Wortlaut publ. in SAZ 1939, 414/15.

²⁰ Abhandlung von Höriger in „Schweizerische Monatsschrift für Offiziere aller Waffen“ 1939, 229 ff. und 269 ff.; Abhandlungsreihe „Wirtschaftliche Sicherung des Wehrmannes“ in SZG 1939, 136 ff.

²¹ Dissertation von Schneeberger.

²² Karl Huber, Die Lösung des Problems: Lohn und Militärdienst, National-Zeitung 1939, Nr. 148 und 150; ders., Lohn und Militärdienst, „Politische Rundschau“ 1939, 204 ff.

²³ Zum folgenden vgl. ausführlich Attinger 20 ff.

²⁴ Ueber die Entstehungsgeschichte dieses Entwurfes vgl. Attinger 27 ff.

Schweizerischer Gewerbeverband) vom 26. Oktober/10. November 1939 zu einem „Bundesratsbeschluss über den wirtschaftlichen Schutz der Wehrmänner“ dem Bundesrat eingereicht wurde.²⁵ Unterdessen lag bereits von behördlicher Seite ein Projekt des Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 11. September 1939 vor, das später durch einen zweiten Entwurf dieses Amtes vom 3. November 1939 und schliesslich durch einen dritten Entwurf vom 10. November 1939 zu einem „Bundesratsbeschluss über eine provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an aktivdiensttuende Angestellte und Arbeiter von Handel, Industrie und Gewerbe, sowie der öffentlichen Unternehmungen (Lohnersatzordnung)“ ersetzt wurde.²⁶ Diese Entwürfe gaben reichlich Gelegenheit zu einlässlichen Verhandlungen und Besprechungen zwischen den Bundesbehörden einerseits und den Wirtschaftsverbänden und Kantonen andererseits, auf die hier nicht näher eingetreten werden soll.

Im Verlaufe des Novembers 1939 wurden vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement weitere behördliche Entwürfe ausgearbeitet: ein erster vom 11./16. November, ein weiterer vom 24./28. November und schliesslich ein letzter vom 12. Dezember 1939²⁷, welcher in der Folge vom Bundesrat, gestützt auf seine Vollmachten, als „Bundesratsbeschluss über eine provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an aktivdiensttuende Arbeitnehmer (Lohnersatzordnung), vom 20. Dezember 1939“ in Kraft gesetzt wurde. Damit wurde in der Schweiz ein hervorragendes Postulat der Sozialpolitik ganz unerwartet rasch in die Tat umgesetzt.

²⁵ Im Wortlaut publ. in SAZ 1939, 685 ff; dazu Attinger 32 ff.

²⁶ Vgl. die Grundzüge dieser Entwürfe bei Attinger 40 ff.

²⁷ Vgl. dazu Attinger 44 ff.

II. Die Frage der Finanzierung insbesondere

A. Ueber die Notwendigkeit einer umfassenden generellen Lösung des Problems der Lohnzahlung während des Militärdienstes auf gesetzlicher Basis war man sich in den Jahren vor Kriegsausbruch 1939 und insbesondere im letzten Friedensjahr wohl einig, dagegen gingen die Meinungen über die Art der Durchführung stark auseinander. Den wesentlichsten Streitpunkt bildete die Finanzierungsfrage. Wenn nun im folgenden auf die einzelnen Vorschläge zu dieser Frage eingetreten wird, so ist dabei wohl zu beachten, dass alle Bestrebungen vor dem 1. September 1939 auf die Verhältnisse des Friedensmilitärdienstes zugeschnitten waren, und dass der Aktivdienst infolge der grösseren finanziellen Aufwendungen für Lohnzahlungen während des Militärdienstes ganz andere Voraussetzungen für die Finanzierung schuf.

In der Annahme, dass für die Finanzierung drei Geldgeber, nämlich Arbeitgeber, Arbeitnehmer und öffentliche Hand (Bund, Kantone und Gemeinden) in Frage kommen, ergeben sich folgende Kombinationsmöglichkeiten einer Lastenverteilung: 1) die Arbeiterschaft allein; 2) die Arbeitnehmer allein; 3) die öffentliche Hand allein; 4) Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam; 5) Arbeitgeber und öffentliche Hand; 6) öffentliche Hand und Arbeitnehmer; 7) alle drei Geldgeber zusammen. Diese Kombinationen sind nun einzeln zu erörtern.

1. Praktisch und rechtlich bestand der bisherige Zustand darin, dass der *Arbeitgeber* allein für die Lohnzahlung während des Militärdienstes aufzukommen hatte, dazu war er nach OR 335 in mehr oder weniger weitgehender Weise verpflichtet. Da aber diesem Artikel nur ein beschränkter persönlicher Geltungsbereich zukommt und die Frage, ob er zwingenden oder dispositiven Charakter besitzt, umstritten ist²⁸, wurde der Vorschlag gemacht, diese Bestimmung im Sinne einer Ausdehnung seines Geltungsbereiches auf alle Lohnempfänger zu revidieren. Damit wäre auch gleich die Frage der Finanzierung gelöst gewesen. Allein diese Lösung wäre für viele Arbeitgeber (man denke an Kleingewerbetreibende!) in finanzieller Hinsicht untragbar gewesen.²⁹ Ausserdem wurde sie mit Recht von den Arbeitgebern mit der Begründung abgelehnt, dass es nicht in erster Linie ihre Sache sei,

²⁸ Vgl. die verschiedenen Meinungen darüber bei Katz 161 N 586.

²⁹ Karl Huber, „Politische Rundschau“ 1939, 205/6.

für die Opfer aufzukommen, die der Wehrmann durch seine Militärdienstleistungen erbringe, sondern eine Angelegenheit des Staates, da der Wehrmann den Dienst im Interesse des Volksganzen leiste.³⁰

2. Die Uebernahme der Finanzierung durch die *Arbeitnehmer* allein ist meines Wissens nie in Vorschlag gebracht worden. Diese Lösung hätte überhaupt nur ins Auge gefasst werden können, wenn sie die Beteiligung sämtlicher Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf Geschlecht, Staatsangehörigkeit oder Militärdienstpflicht als solidarische Gemeinschaft an der Finanzierung vorgesehen hätte, ansonst der Kreis der Geldgeber zu klein gewesen wäre. Offenbar hätte man es als eine Zumutung an die Arbeitnehmerschaft aufgefasst, allein für die Lohnausfälle aufkommen zu müssen. Man konnte sich eine Lösung ohne Mitwirkung von Arbeitgeberschaft oder Staat schlechthin nicht vorstellen.

3. Demgegenüber wurde die Meinung, dass der *Staat* allein für die Erwerbsausfallentschädigungen aufzukommen habe, besonders in gewerblichen Kreisen vertreten.³¹ Es wurde geltend gemacht, dass es überhaupt nicht Sache des Arbeitgebers sei, Aufwendungen zu machen, die ihrem Wesen nach allein dem Staate anstünden. Die Fürsorge für die Wehrmänner sei als Teil der Militärkosten zu betrachten. Dabei dachte man sich die Art der Durchführung einer solchen Fürsorge in Form einer allgemeinen Solderhöhung. Gegen eine solche Lösung ist jedoch aus Arbeitgeberkreisen und selbst innerhalb des Gewerbestandes Stellung genommen worden.³² Der Grund der Ablehnung ist klar: die finanzielle Belastung des Staates wäre zu gross gewesen, sodass neue Steuern hätten eingeführt werden müssen. Der Staat hätte allerdings die Mittel anderswie beschaffen können, z. B. wie es — allerdings nicht in diesem Zusammenhange — auch vorgeschlagen wurde, durch Erhöhung des Militärpflichtersatzes³³ oder durch Reduktion der Gehaltszahlung an die Staatsangestellten während der Zeit ihrer Militärdienstleistung oder indirekt durch den Rückgang der Ausgaben für die militärische Notunterstützung.³⁴ Doch hätten

³⁰ Steinmann, SAZ 1939, 366; Rohr, SZG 1939, 142.

³¹ Schweizerische Gewerbezeitung 1939, Nr. 20.

³² Steinmann, SAZ 1939, 367; Gutersohn, SZG 1939, 147.

³³ Steinmann, SAZ 1939, 367.

³⁴ Rohr, SZG 1939, 144.

auch diese Mittel nicht ausgereicht, um dem Staat allein die Finanzierung zuzumuten. Vorschläge in dieser Hinsicht sind deshalb nie näher in Erwägung gezogen worden. Zudem wünschte die Arbeitgeberschaft in ihrer Gesamtheit diese Lösung gar nicht, sondern sie hat sich immer bereit erklärt, ihren Beitrag zur Finanzierung beizusteuern.

4. Der Gedanke der Lastenverteilung auf *Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft* fand sich in verschiedenen Projekten, vor allem in denjenigen, die von privater Seite aufgestellt wurden. Sie gingen davon aus, dass dem Staate keine finanziellen Zumutungen mehr gemacht werden dürften, sondern dass Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft allein für die Kostendeckung aufzukommen hätten. Fast durchwegs dachte man sich die Lösung in Form einer *Versicherung*.³⁵ Aus naheliegenden Gründen wurde aber einer Lastenverteilung in dieser Weise von Arbeitgeber- und Arbeitnehmersseite kein grosses Interesse entgegengebracht, denn auf die Mitbeteiligung des Staates wollte man nicht verzichten.

5. Von Seite der privaten Arbeitnehmerschaft wurde die Finanzierung durch *Arbeitgeber und Staat* allein gefordert³⁶ und zwar mit der Begründung, dass der Arbeitnehmer bereits durch die Militärdienstleistung ein persönliches Opfer zu bringen habe und deshalb von einer finanziellen Mitbelastung seinerseits abzusehen sei.³⁷ Bedeutungsvoll ist, dass in diesem Zusammenhang zum ersten Mal Vorschläge für die Einführung eines *Ausgleichssystems* gefallen sind. Eine erste konkrete Lösung auf der Basis von Ausgleichskassen enthielt die Eingabe der Vereinigung Schweizerischer Angestelltenverbände vom 26. November 1938 an den Bundesrat. Bei allen Projekten dachte man an die Errichtung von obligatorischen staatlichen

³⁵ Karl Huber in „Politische Rundschau“ 1939, 208; Niederer, SJZ 32, 214.

³⁶ Eingabe der VSA vom 26. Nov. 1938 (MittBl der VSA 1939, 32/33); Eingabe des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes vom 7. Jan. 1939 („Gewerkschaftliche Rundschau“ 1939, 81); Schmid-Ruedin, SZG 1939, 152; Egli, SZG 1939, 155.

³⁷ Höriger, „Schweizerische Monatsschrift für Offiziere aller Waffen“ 1939, 237.

Ausgleichskassen, vereinzelt auch an Ausgleichskassen der Berufsverbände.³⁸

6. Ueber die alleinige Beteiligung von *Arbeitnehmerschaft und Staat* an der Finanzierung sind meines Wissens keine Vorschläge gefallen. Es herrschte wohl allgemein die Auffassung, dass eine Lösung ohne Beizug der Arbeitgeber undenkbar sei. Wahrscheinlich hätte auch der Staat seine Beteiligung von der Bedingung abhängig gemacht, dass die Arbeitgeberschaft in erster Linie dazu beitrage. Eine Lösung des Finanzierungsproblems unter blosser Beteiligung der Arbeitnehmer und des Staates wäre vielleicht denkbar gewesen in Form einer *Versicherung* der Arbeitnehmer mit staatlichen Subventionen ähnlich der Unfallversicherung für Nichtbetriebsunfälle bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt, wofür die Prämien gemäss KUVG 108 II zu drei Vierteln vom Arbeitnehmer und zu einem Viertel vom Bund bezahlt werden.

7. Die letzte Kombinationsmöglichkeit, d.h. die Beteiligung der *Arbeitgeber, der Arbeitnehmer und des Staates* an der Finanzierung ist hauptsächlich von Seiten der Arbeitgeberschaft vertreten worden.³⁹ Auf dieser Lösung basierte auch der Entwurf des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 6. Juni 1939 und der Vorschlag der Freisinnig-demokratischen Partei vom Juli 1939. Was an den Projekten und Abhandlungen, die eine solche Lastenverteilung vorschlugen, auffällt, ist die Zurückhaltung hinsichtlich der Beiziehung der Arbeitnehmerschaft. So wurde z. B. der Vorbehalt gemacht, dass die Arbeitnehmer überhaupt nur eventuell, d.h. sofern die Mittel der andern beiden Geldgeber nicht ausreichten, an die Finanzierung beitragen sollten⁴⁰, oder dass von den Arbeitnehmern nur Militärdienstpflichtige⁴¹ oder Dienstpflichtige und Frauen⁴² oder nur Dienstfreie⁴³ herangezogen werden sollten. Auch bei diesen Vorschlägen

³⁸ „Gewerkschaftliche Rundschau“ 1939, 82.

³⁹ Steinmann, SAZ 1939, 367.

⁴⁰ Vorschläge der Freisinnig-demokratischen Partei vom Juli 1939 (SAZ 1939, 443/4); Rohr, SZG 1939, 144.

⁴¹ Rohr, SZG 1939, 144.

⁴² Schneeberger, SZG 1939, 138.

⁴³ Entwurf des BIGA vom 6. Juni 1939.

und Entwürfen findet sich neben der Form einer Versicherung⁴⁴ das System der Ausgleichskassen.⁴⁵

Aus den vorstehenden Erörterungen über die verschiedenen Möglichkeiten einer Lastenverteilung ergibt sich, dass eigentlich nur drei Fälle im Mittelpunkt des Interesses standen: 1) die Finanzierung durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer, 2) durch Arbeitgeber und Staat, 3) durch Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Staat. Bei allen Varianten ist die Beteiligung der Arbeitgeberschaft vorgesehen, sie wurde somit als selbstverständlich vorausgesetzt, obschon ja eigentlich der Lohnausfall infolge Militärdienst in keiner näheren Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht.⁴⁶

B. Die Mobilisation im September 1939 hatte in der Frage der finanziellen Deckung eine ganz neue Lage geschaffen. Es war klar, dass, wollte man die Idee der Lohnzahlung während des Militärdienstes nur auch für die Zeit des Aktivdienstes oder jetzt erst recht durchführen, die meisten der vorerwähnten Vorschläge für die Kostendeckung nicht genügten. Infolge der zu erwartenden gewaltigen Aufwendungen für die Lohnausfallentschädigungen konnte nur noch eine Lösung in Betracht fallen: die vorbehaltlose Beteiligung aller drei Gruppen, d. h. Arbeitgeber, Arbeitnehmer und öffentliche Hand, sowie die gleichzeitige Schaffung von Ausgleichskassen.⁴⁷ In dieser Beziehung war man sich in allen Interessengruppen einig. Streitig waren auch nicht die Quoten der Lastenverteilung: Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft die Hälfte, die öffentliche Hand die andere Hälfte. Das Ausmass der Beiträge ergab sich zwangsläufig durch Berechnung der mutmasslichen Aufwendungen für die Entschädigungen. Hingegen bestanden Differenzen darüber, ob die zu schaffende gesetzliche Regelung alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer schlechthin umfassen sollte, oder ob sie nur auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Privatwirtschaft und auch hier nur auf Angehörige bestimmter Wirtschaftszweige anzuwenden sei (darüber näheres hinten § 7).

⁴⁴ Schneeberger (Diss.) 82 ff.

⁴⁵ Siehe N 40.

⁴⁶ Steinmann, SAZ 1939, 366.

⁴⁷ Die Arbeitgeberschaft machte ihre Beteiligung allerdings von der Bedingung abhängig, dass ihr die Durchführung des Ausgleichssystems übertragen werde (Steinmann, SAZ 1939, 688).

§ 2. Die Lösung der Finanzierungsfrage in der Lohnersatzordnung

I. Allgemeines

A. Formelles

Ursprünglich war die Frage der Kostendeckung für die Lohnausfallentschädigungen gesetzgeberisch in der Lohnersatzordnung selbst geregelt.⁴⁸ Als infolge der überaus günstigen finanziellen Entwicklung der Zentrale Lohnausgleichsfonds am 1. Juli 1941 einen Ueberschuss der Beiträge über die Auszahlungen von 144 Millionen Franken erreicht hatte, beschloss der Bundesrat, diese überschüssigen Mittel ausser für Lohnausfallentschädigungen auch für andere Zwecke (Arbeitsbeschaffung, Arbeitslosenfürsorge, später auch für die Erleichterung der Arbeitsdienstpflicht⁴⁹ und für provisorische Ausrichtung von Alters- und Hinterlassenenrenten⁵⁰) zu verwenden.⁵¹ In diesem Zusammenhang wurde die finanzielle Deckung für alle diese Aufwendungen sowie die Verwendung der Mittel in einem besonderen Erlass geregelt, im „Bundesratsbeschluss über die Aufbringung der Mittel für die Lohnausfallentschädigungen an Wehrmänner sowie für die Arbeitsbeschaffung und die Arbeitslosenfürsorge (Finanzordnung für Arbeit und Lohnersatz)“ vom 7. Oktober 1941/9. Juni 1944/22. April 1947 (AS 57, 1116; 60, 389; 63, 352).

⁴⁸ Alt LEO 5, 6 und 7 (20.12.39; AS 55, 1507).

⁴⁹ FOAL 6 I (9.6.44; AS 60, 389).

⁵⁰ BRB über die provisorische Ausrichtung von Alters- und Hinterlassenenrenten (Uebergangsordnung) vom 9. Okt. 1945, Art. 9 I a (AS 61, 887).

⁵¹ Vgl. näheres darüber in: 5. Vollmachtenbericht des Bundesrates vom 4.11.41 (BBl 1941/I/905 ff.); StenBull NR 1942, 43 ff., 1944, 442 ff.; StenBull StR 1942, 119 ff., 1944, 225 ff.; ZLV 1941, 244 ff.; ZLV 1943, 103 ff.; Abh. Seiler (zit. im Literaturverzeichnis); Attinger 78 ff.; „Die soziale Schweiz“ 36; Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Verwendung der Einnahmenüberschüsse der Zentralen Ausgleichsfonds der Lohn- und Verdienstersatzordnung vom 4. Okt. 1946 (BBl 1946 III 775); Abh. in ZAK 1947, 250 ff.; StenBull StR 1947, 115/6.

B. Das Prinzip der Parität der Beitragsleistung

1. Nach der ursprünglichen Regelung der Kostendeckung gemäss alt LEO 5 I⁵² wurde der finanzielle Aufwand zur Hälfte zu Lasten der Wirtschaft und zur andern Hälfte zu Lasten der öffentlichen Hand aufgeteilt. Es war dies so zu verstehen, dass die öffentliche Hand den gleichen Betrag beizusteuern hatte, der dem Gesamtaufwand an Beiträgen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer entsprach. Das ergab sich auch aus alt LEO 5 III Satz 1⁵³. Die Lastenverteilung erfolgte somit nach dem Prinzip der Parität, das von Anfang an in den Entwürfen der Bundesbehörden vertreten worden war.⁵⁴ Im Gegensatz dazu wollte das Projekt der Arbeitgeber-Spitzenverbände vom 26. Oktober/10. November 1939 einfach den Bund verpflichten, mindestens die Hälfte aller Auszahlungen an Lohnausfallentschädigungen zu finanzieren.⁵⁵

Das Prinzip der Parität der Beitragsleistung zwischen Wirtschaft und öffentlicher Hand wurde nach der ursprünglichen Regelung insofern konsequent durchgeführt, als auch die Deckung eines eventuellen Defizites nach Abschluss des Aktivdienstes ebenfalls zur Hälfte durch Wirtschaft und öffentliche Hand übernommen werden sollte. In alt LEO 5 II⁵⁶ war nämlich vorgesehen, dass der Bezug der Beiträge, sofern bei Beendigung der Mobilmachung die Gesamtkosten noch nicht gedeckt wären, solange fortgesetzt werden sollte, bis die volle Deckung erreicht gewesen wäre. Diese Bestimmung enthielten verschiedene Entwürfe der Bundesbehörden⁵⁷, während die Arbeitgeberschaft den Standpunkt vertrat, „es gehe nicht an, ein allfällig entstehendes Defizit durch eine über die Dauer des Aktivdienstes

⁵² 20.12.39 (AS 55, 1507).

⁵³ 20.12.39 (AS 55, 1508).

⁵⁴ Entwürfe des BIGA vom 3.11.39, Art. 6 I, und vom 10.11.39, Art. 6 III Satz 1. Entwürfe des EVD vom 11./16.11., 24./28.11 und 12.12.39, Art. 5 I.

⁵⁵ Art. 5 lit. b des Projektes: „Soweit die Einnahmen aus lit. a (Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, der Verf.) in ihrer Gesamtheit die Ausgaben nicht decken, trägt der Bund den Ausfall, mindestens aber die Hälfte der gesamten Auszahlungen gemäss Ziff. II und III.“

⁵⁶ 20.12.39 (AS 55, 1507).

⁵⁷ Entwurf des BIGA vom 3.11.39, Art. 7 III; Entwürfe des EVD vom 11./16.11., 24./28.11. und 12.12.39, Art. 5 II.

hinausgehende Fortsetzung der Beitragserhebung nachträglich auszugleichen".⁵⁸ Dementsprechend war im Entwurf der Arbeitgeber-Spitzenverbände vom 26.10./10.11. 1939 vorgesehen, dass der Bund allein für den Ausfall hafte.⁵⁹ Die finanziell günstige Entwicklung der Lohnersatzordnung machte dann übrigens die Bestimmung von alt LEO 5 II gegenstandslos.

2. Mit der Neuregelung der Kostendeckung durch die Finanzordnung für Arbeit und Lohnersatz wurde das Prinzip der Parität der Beitragsleistung in folgendem Zusammenhang durchbrochen:

Obschon der zentrale Lohnausgleichsfonds bald einen hohen Ueberschuss aufwies, der zudem stetig weiter anwuchs, wurde von einer allgemeinen Reduktion der Beitragsquote abgesehen⁶⁰, dies offensichtlich im Hinblick auf die erweiterte Zweckbestimmung der durch die Beiträge aufgebrachten Mittel. Dagegen wurden zur Entlastung von Bund und Kantonen die Beiträge der öffentlichen Hand reduziert. Nach der neuen Ordnung hat dieselbe nun nicht mehr einen dem Gesamtaufwand an Beiträgen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer entsprechenden Betrag aufzubringen, sondern nur noch die Hälfte der effektiv ausbezahlten Lohnausfallentschädigungen.⁶¹ Dies hat zur Folge, dass die öffentliche Hand unter Umständen weniger, eventuell aber auch mehr an Beiträgen zu leisten hat als die Wirtschaft ihrerseits aufbringt, je nachdem, ob die Beitragssumme der Wirtschaft die Hälfte der ausbezahlten Entschädigungen überschreitet oder nicht. Damit ist aber das Prinzip der Parität der Beitragsleistung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer einerseits und der öffentlichen Hand andererseits aufgegeben worden.⁶² Der offensichtliche Vorteil dieser Neuregelung liegt jedoch darin, dass der Bund, durch die übrigen Ausgaben für den Aktivdienst finanziell übermässig belastet, nunmehr in bedeutendem Masse von diesen Aufwendungen entlastet wird, denn

⁵⁸ Steinmann, SAZ 1939, 689.

⁵⁹ Art. 5 lit. b des Projektes; vgl. Wortlaut vorn N 55.

⁶⁰ Darüber hinten D 3.

⁶¹ FOAL 7 I (9.6.44; AS 60, 389):

„Bund und Kantone erstatten dem Ausgleichsfonds die Hälfte seiner Ausgaben für die Lohnausfallentschädigungen an Wehrmänner, ...“

⁶² Seiler 16. Bestritten: StenBull NR 1942, 45 (Berichterstatler), 54 (Bundesrat Wetter); StenBull StR 1942, 120 (Berichterstatler).

die Erfahrung hat gezeigt, dass die Hälfte aller ausbezahlten Entschädigungen im Durchschnitt bedeutend unter der Gesamtsumme der von der Wirtschaft aufgebrauchten Beiträge liegt.

C. Der Gegenstand der Beitragspflicht

Die Beitragspflicht von 4% erfasst nur das *Erwerbseinkommen*⁶³; von einer Belastung des Vermögens und des Kapitaleinkommens wurde abgesehen, obschon dies verschiedentlich von Arbeitnehmerseite postuliert worden war.⁶⁴ Der Grundgedanke dieser Beschränkung auf das Erwerbseinkommen liegt in der *ratio legis* der Lohnersatzordnung begründet, nämlich dass derjenige, der einen Arbeitsverdienst aufweisen kann, demjenigen helfen soll, der durch den Militärdienst am Erwerb verhindert ist und dadurch einen Einkommensausfall erleidet.⁶⁵ Eine Erfassung des Vermögens und des Kapitaleinkommens wäre übrigens nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn es sich um eine Steuer zur Deckung des staatlichen Finanzbedarfes und nicht um einen Beitrag zur Finanzierung eines Sozialwerkes gehandelt hätte.

D. Die Ansätze

1. Der Ansatz für die Beitragsleistung nach der Lohnersatzordnung ist in allen Einkommensstufen einheitlich. Von der Durchführung einer Progression oder Degression, wie dies von verschiedenen Seiten vorgeschlagen worden war, wurde abgesehen. Auch auf die häufig postulierte Mehrbelastung der militärdienstfreien Arbeitnehmer (Frauen, Ausländer⁶⁶, Dienstuntaugliche) wurde verzichtet, obschon sie sachlich durchaus gerechtfertigt gewesen wäre und die Vorschläge in dieser Hinsicht nicht auf Opposition stiessen. Mit der Schaffung einer ein-

⁶³ FOAL 5 I Satz 1 (7.10.41; AS 57, 1117):

„Der Bund erhebt nach den Bestimmungen der Lohnersatzordnung von den Arbeitgebern von jeder Gehalts- oder Lohnzahlung eine Abgabe von 4%, und zwar 2% zu Lasten der Arbeitgeber und 2% zu Lasten der Gehalt oder Lohn beziehenden Arbeitnehmer.“

⁶⁴ Meinungsäusserungen von Vertretern der Arbeitnehmerverbände anlässlich ihrer Konferenz mit dem BIGA vom 16. Nov. 1939.

⁶⁵ AKL 102, ZLV 1941, 258.

heitlichen Beitragsquote wollte man lediglich das Erhebungssystem möglichst einfach gestalten und umständliche Mehrarbeit vermeiden.⁶⁷

2. Bei der Festlegung des Beitragsansatzes hatte man darauf zu achten, dass die Gesamtsumme der zu erwartenden Beiträge ungefähr dem Gesamtbetrag der zu zahlenden Lohnausfallentschädigungen entsprach. Andererseits musste eine Quote gefunden werden, die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer tragbar erschien. Dementsprechend waren auch der Festsetzung der Ansätze für die Lohnausfallentschädigungen bestimmte Grenzen gesetzt. Die Höhe der Beitragsquote und die Ansätze für die Lohnausfallentschädigungen waren gegenseitig voneinander abhängig. Schliesslich wurde in Wahrung des finanziellen Gleichgewichts der Ansatz für die Beiträge der Wirtschaft auf 4% der ausbezahlten Lohnsumme festgelegt, wovon 2% zu Lasten des Arbeitgebers und 2% zu Lasten des Arbeitnehmers gehen sollten.⁶⁸ Nach dem Prinzip der Parität der Beitragsleistung hatte die öffentliche Hand ebenfalls 4% beizusteuern. Man schätzte im Jahre 1939 die in der Schweiz jährlich ausbezahlte Gesamtlohnsumme auf rund drei Milliarden Franken, sodass also mit Beiträgen von 8% dieser Summe, d. h. 240 Millionen Franken zu rechnen war. Demgegenüber wurden die jährlichen Ausgaben für Lohnausfallentschädigungen nach den ursprünglich festgesetzten Ansätzen⁶⁹ auf 220 bis 275 Millionen Franken geschätzt.⁷⁰

⁶⁶ Siehe N 64.

⁶⁷ „Die Lohnersatzordnung“, NZZ Nr. 54 vom 12. Jan. 1940.

⁶⁸ Alt LEO 5 II (20.12.39; AS 55, 1507).

⁶⁹ Alt LEO 3 II/III (20.12.39; AS 55, 1506).

⁷⁰ StenBull StR. 1940, 331. Nach einer andern Quelle („Gewerkschaftliche Rundschau“ 1940, 348) betrug die im Jahre 1938 ausbezahlte Lohnsumme 3,75 Milliarden Franken, während der Entwurf der Arbeitgeber-Spitzenverbände vom 26.10./10.11.39 mit einer Gesamtlohnsumme von 2,5 Milliarden Franken rechnete (Steinmann, SAZ 1939, 689). Vgl. demgegenüber die in den Jahren 1940—44 auf Grund der Beiträge nach LEO berechnete, effektiv ausbezahlte Lohnsumme (ZLV 1944, 491):

1940	3,1477 Milliarden Franken		
1941	3,9089	„	„
1942	4,5225	„	„
1943	4,9262	„	„
1944	5,1350	„	„

Die Frage, ob der Beitragsansatz ein für allemal zum voraus festgelegt, oder ob er jeweils in bestimmten Zeitabschnitten den Aufwendungen für die Lohnausfallentschädigungen angepasst werden sollte, war in den Vorberatungen umstritten. Den ersteren Standpunkt vertraten die Entwürfe der Bundesbehörden⁷¹, während das Projekt der Arbeitgeber-Spitzenverbände vom 26. Oktober/10. November 1939 eine vierteljährlich neu festzusetzende, nach den voraussichtlich auszufallenden Entschädigungen variierende Beitragsquote vorsah.⁷² Für eine festgelegte Beitragsquote im Sinne der behördlichen Entwürfe, wie sie später die endgültige Fassung von alt LEO 5 II⁷³ enthielt, sprach die Forderung einer einfachen Rechnungsführung; ihr Nachteil lag in der Ungewissheit der finanziellen Auswirkungen und in der Gefahr, nach einer gewissen Zeit einem ungedeckten Defizit gegenüberzustehen. Dagegen bestand beim System einer veränderlichen Beitragsquote im Sinne des Arbeitgeber-Projektes der Vorteil einer gewissen Anpassungsfähigkeit an die nicht ohne weiteres voraussehbaren Aufwendungen an Lohnausfallentschädigungen. Allerdings war gleichzeitig eine Höchstquote von 4% für die Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgesehen.⁷⁴ Gegen die Aufnahme einer variierenden Beitragsquote wurde aber mit Recht eingewendet, dass eine Schätzung der Aufwendungen an Lohnausfallentschädigungen zum voraus auch für drei Monate schwierig sein würde, weil selbst in einem so kurzen Zeitabschnitt die Zahl der im Aktivdienst stehenden Wehrmänner sich beträchtlich erhöhen oder vermindern könne.

Die endgültige Regelung der Beitragsquote war aber insofern nicht allzu starr und konnte deshalb als gute Kompromisslösung gelten, als gemäss alt LEO 14/V die Möglichkeit einer Beitragsreduktion im Falle eines Ueberschusses der Beiträge über die Entschädigungen offen gelassen wurde.⁷⁵ Die Fixierung einer Beitragsquote von 4% hatte also nicht den Sinn, dieselbe für die gesamte Geltungsdauer der Lohnersatzordnung endgültig und unabänderlich festzulegen.

⁷¹ Entwürfe des BIGA vom 3.11. und 10.11.39, Art. 6 II Satz 1; Entwürfe des EVD vom 11./16.11., 24./28.11. und 12.12.39, Art. 5 II.

⁷² Art. 5, lit. a, Abs. 2, Satz 1.

⁷³ 20.12.39 (AS 55, 1507).

⁷⁴ Art. 5, lit. a, Abs. 2, Satz 2 des Projektes.

⁷⁵ alt LEO 14 V (20.12.39; AS 55, 1511):

„Sollten sich die Leistungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zusam-

3. Als im Verlaufe des Jahres 1940 und Anfangs 1941 die Ueberschüsse im zentralen Lohnausgleichsfonds stetig anwuchsen, wurde die Frage der Beitragsreduktion aktuell. Es fehlte denn auch nicht an diesbezüglichen Begehren von verschiedenen Seiten. Neben Kreisen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft beriefen sich vor allem auch die kantonalen Finanzdirektoren auf die Bestimmung von alt LEO 14 V mit der Begründung, dass die Kantone nicht zu dem Zwecke Beiträge leisten, um einen Fonds zu äufnen, und dass sie überhaupt nicht in der Lage seien, auf die Dauer derart hohe Lohnersatzbeiträge aufzubringen.⁷⁶

Trotz dieser Begehren und obschon die Voraussetzungen für eine Beitragsreduktion gegeben waren, wurde von einer generellen Herabsetzung der Beitragsquote abgesehen, weil die geplante erweiterte Zweckbestimmung der Mittel aus dem zentralen Lohnausgleichsfonds eine solche nicht ratsam erscheinen liess. Die Bestimmung von alt LEO 14 V kam somit überhaupt nicht zur Anwendung, sondern wurde schliesslich durch die Finanzordnung für Arbeit und Lohnersatz einfach ausser Kraft gesetzt. Nach der neuen Regelung in FOAL 5 I⁷⁷ wurde grundsätzlich für die Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Quote von 4% beibehalten und damit endgültig für die Zeit der Geltungsdauer der Lohnersatzordnung stabilisiert. Dagegen wurde der Forderung der Kantone dadurch Rechnung getragen, dass sich die Beteiligung der öffentlichen Hand jetzt nicht mehr nach dem festen Beitragssatz von 4%, sondern nach der Höhe der effektiv ausbezahlten Entschädigungen zu richten hat; Bund und Kantone haben einfach die Hälfte der Auszahlungen an Lohnausfallentschädigungen zu finanzieren.⁷⁸

men mit den Beiträgen aus öffentlichen Mitteln als grösser herausstellen als der Gesamtbetrag der Lohnausfallentschädigungen, so sind bei entsprechender Höhe des Fonds die Beiträge der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer, des Bundes und der Kantone durch Beschluss des Bundesrates im gleichen Verhältnis zu kürzen."

⁷⁶ StenBull NR 1942, 44. Weitere Quellenangaben bei Attinger 78, N 363 und 364.

⁷⁷ 7.10.41; AS 57, 1117; vgl. Wortlaut vorn N 63.

⁷⁸ Vgl. Zitat vorn N 61.

II. Die Beiträge aus öffentlichen Mitteln

Der Anteil der öffentlichen Hand an der Finanzierung der Lohnausfallentschädigungen verteilt sich auf Bund und Kantone⁷⁹, wobei die letzteren ihrerseits ermächtigt sind, für einen Teil die Gemeinden in Anspruch zu nehmen.⁸⁰ Die Beteiligung der Gemeinden ist somit von Bundesrechts wegen nicht schlechthin obligatorisch.

1. Die *Gründe* einer Beteiligung der öffentlichen Hand sind schon vorn (§ 1 II A 1 und 3) erwähnt worden. Es sei hier noch festgehalten, was der Bundesrat darüber in seinem zweiten Vollmachtenbericht vom 10. Mai 1940⁸¹ schrieb: „Dass die Deckung der durch die Lohnausfallentschädigungen entstehenden Kosten zur Hälfte durch Beiträge aus öffentlichen Mitteln erfolgt, entspringt der Erwägung, dass die Allgemeinheit das grösste Interesse daran hat, die Wehrmänner, die zu ihrem Schutz unter die Fahnen geeilt sind, wirtschaftlich sicherzustellen und die sich daraus ergebenden Lasten mitzutragen.“

Die Beteiligung der Kantone und Gemeinden insbesondere erscheint insofern gerechtfertigt, als diese Gemeinwesen infolge des Aktivdienstes bedeutend weniger Ausgaben für Arbeitslosenfürsorge und Notstandsarbeiten aufzubringen hatten.⁸² Bei den Kantonen (wie übrigens auch beim Bund) fällt ausserdem noch der Wegfall ihrer Aufwendungen für die militärische Notunterstützung⁸³ in Betracht. Da die Kantone dafür gemäss MO 24 einen Viertel zu übernehmen haben, und da die Aufwendungen im Rahmen dieser Institution im ak-

⁷⁹ Vgl. Zitat vorn N 61.

⁸⁰ FOAL 7 III (7.10.41; AS 57, 1118). Von dieser Ermächtigung machte einzig der Kanton Zug keinen Gebrauch (ZLV 1945, 473).

⁸¹ BBl 1940 I 694.

⁸² G a f n e r, „Mitteilungen des kantonal-bernischen Handels- und Industrievereins“ 1939, 181 und 221.

⁸³ MO 22 ff.; VO über die Unterstützung der Angehörigen von Wehrmännern (Notunterstützung) vom 9.1.1931/17.10.1939/9.5.1942 (AS 47, 88; 55, 1129; 58, 447). Vgl. über das Verhältnis der Lohnersatzordnung zur Notunterstützung KS des BIGA (WS) vom 5.11.1941 (aufgeh.) und KS Nr. 55 des BIGA (WS) vom 27.5.1944.

tiven Dienst 1939—45 riesige Summen erfordert hätten⁸⁴, sofern nicht die Lohnersatzordnung eingeführt worden wäre, die sie weitgehend ersetzt⁸⁵, so erschien die Beteiligung der Kantone an der Finanzierung der Lohnersatzordnung naheliegend.⁸⁶

2. Die Festlegung der *Verteilungsquote zwischen Bund und Kantonen* an den Gesamtaufwendungen der öffentlichen Hand war offenbar in den Beratungen zu den Vorentwürfen umstritten. Ursprünglich wollten die Bundesbehörden eine hälftige Teilung zwischen Bund und Kantonen.⁸⁷ In den späteren Entwürfen⁸⁸ ist dieser Schlüssel zu Gunsten der Kantone abgeändert und bis heute beibehalten worden: zwei Drittel zu Lasten des Bundes und ein Drittel zu Lasten der Kantone.⁸⁹

Die Verteilung des Anteils der Kantone unter die einzelnen Kantone erfolgt nach einem vom Bundesrat in Ausführung von FOAL 7 II, letzter Satz⁹⁰, aufgestellten Verteilungsschlüssel. Es soll jedoch darauf nicht näher eingetreten werden; ich verweise hier auf die Bestimmungen des BRB über die Beiträge der Kantone an die Lohnausfallentschädigungen vom 11. Januar 1946 (AS 62, 152), wo die Grundsätze dieses Verteilungsschlüssels enthalten sind.⁹¹

Die Festlegung des Anteils der Gemeinden an den Quoten

⁸⁴ Die Ausgaben für die Notunterstützung wurden am Anfang des Aktivdienstes 1939 auf 160 Millionen Franken pro Aktivdienstjahr geschätzt (MittBl der VSA 1939, 51). Demgegenüber wurden im ganzen Aktivdienst 1914–18 im gesamten nur 60 Millionen Franken an Militärnotunterstützungen bezahlt (Holzer, ASMZ 1945, 7).

⁸⁵ Die Notunterstützung findet nur noch subsidiäre Anwendung in Fällen, in denen ein Wehrmann weder der Lohn- noch der Verdienstersatzordnung unterstellt ist (LEO 18 [28.12.40; AS 56, 2038]; VEO 39 [14.6.40; AS 56, 930]).

⁸⁶ Holzer, ZLV 1941, 99. Vgl. auch Attinger 71 und 83/84.

⁸⁷ Entwurf des BIGA vom 3.11.39, Art. 6 I; Entwurf des BIGA vom 10.11.39, Art. 6 III Satz 2.

⁸⁸ Entwürfe des EVD vom 11./16.11., 24./28.11. und 12.12.39, Art. 5 III Satz 2.

⁸⁹ Alt LEO 5 III Satz 2 (20.12.39; AS 55, 1508); FOAL 7 II Satz 1 (9.6.41; AS 60, 389).

⁹⁰ 9.6.44 (AS 60, 389).

⁹¹ Vgl. dazu die Abh. ZLV 1946, 121 ff.

der Kantone bleibt den Kantonen vorbehalten⁹², ebenso die Verteilung dieses Anteils unter die einzelnen Gemeinden.

3. Was die *Beschaffung der Mittel* für die Beiträge der öffentlichen Hand anbetrifft, konnten selbstverständlich für die Verhältnisse des Aktivdienstes die für eine Regelung bei Friedensmilitärdienst vorgeschlagenen Lösungen, wie Erhöhung des Militärpflichtersatzes, Reduktion der Gehaltszahlungen an das im Militärdienst stehende öffentliche Personal usw.⁹³, nicht genügen. Immerhin wurden aber durch den Wegfall der Ausgaben für die Wehrmanns-Notunterstützung beträchtliche Mittel frei. Da die Ausgaben des Bundes für die Beiträge an die Lohnersatzordnung (wie übrigens auch an die Verdienstersatzordnung) nicht zu Lasten der ordentlichen Staatsrechnung gehen, sondern als ausserordentliche Aufwendungen wie die Ausgaben für Aktivdienst und Kriegswirtschaft gelten⁹⁴, sind sie durch die für die Tilgung dieser Schulden erlassenen Steuern zu decken.

4. Die *praktische Durchführung der Beitragserhebung* aus öffentlichen Mitteln gestaltet sich so, dass primär der Bund den Gesamtbeitrag aus öffentlichen Mitteln in den zentralen Lohnausgleichsfonds einzuwerfen hat und nachher bei den Kantonen für ihren Drittel einen Rückerstattungsanspruch geltend machen kann.⁹⁵ Zu diesem Zweck hat die eidgenössische Finanzverwaltung den Kantonen vierteljährlich Rechnung zu stellen.⁹⁶ Sie kann aber auch von den Kantonen quotenweise Anzahlungen einfordern oder die Rückerstattungsanteile mit Bundesleistungen anderer Art verrechnen.⁹⁷

⁹² Der Anteil der Gemeinden beträgt in Bruchteilen der kantonalen Quote: ein Viertel in Bern, Uri, Graubünden; ein Fünftel in Schwyz, Glarus; zwei Fünftel in Obwalden; ein Neuntel bis ein Drittel in St. Gallen; ein Siebtel in Freiburg, Baselland, Aargau; ein Zehntel in Schaffhausen, Thurgau. In Appenzell I.-Rh. haben die Bezirke die Hälfte der Quote des Kantons zu tragen. In Appenzell A.-Rh., Luzern und Nidwalden ist der Regierungsrat ermächtigt, für einen Teil der kantonalen Quote die Gemeinden in Anspruch zu nehmen (ZLV 1945, 473/74).

⁹³ Vgl. vorn bei N 33.

⁹⁴ Eidgenössisches Finanzjahrbuch 1944 (Bern) S. 64.

⁹⁵ Das ergibt sich aus FOAL 9 Satz 1 (7.10.41; AS 57, 1119) im Zusammenhang mit FOAL 7 II Satz 1 (9.6.44; AS 60, 389).

⁹⁶ FOAL 9 Satz 1 (7.10.41; AS 57, 1119).

⁹⁷ FOAL 9 Satz 2 (7.10.41; AS 57, 1119).

Ueber die Erhebung der Gemeindeanteile an den kantonalen Quoten werden den Kantonen von Bundesrechts wegen keine Vorschriften gemacht.

III. Die Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer

A. Allgemeines

Der Anteil der Wirtschaft an den Deckungskosten für die Lohnersatzordnung von 4% der Lohnsumme wird zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern hälftig geteilt, d. h. 2% des Lohnes werden zu Lasten des Arbeitnehmers abgezogen (Arbeitnehmerbeitrag), und 2% hat der Arbeitgeber zu seinen Lasten dazu beizusteuern (Arbeitgeberbeitrag).⁹⁸ Diese Beitragspflicht der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist sowohl in subjektiver Hinsicht, d. h. in bezug auf den davon betroffenen Personenkreis, als auch in objektiver Hinsicht, d. h. in bezug auf die von der Beitragspflicht erfassten Bezüge der Arbeitnehmer, eine umfassende. Die Gründe dafür sind einerseits fiskalischer Natur, andererseits liegen sie in dem der Lohnersatzordnung zu Grunde gelegten Solidaritätsprinzip.⁹⁹

In dieser Abhandlung soll versucht werden, unter den mannigfaltigen Problemen, welche diese Beitragspflicht der Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufwirft, die Entstehungsgrundsätze der Beitragspflicht zur Darstellung zu bringen. Es wird sich hierbei vor allem um die Abklärung der Fragen handeln, 1) unter welchen Voraussetzungen eine Person nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig wird, 2) wann gegebenenfalls die Beitragspflicht besteht, obwohl die allgemeinen Voraussetzungen dazu nicht erfüllt sind, und 3) wann eine Person nicht beitragspflichtig oder von der Beitrags-

⁹⁸ Vgl. Zitat vorn N 63.

⁹⁹ Vgl. Holzer, ZLV 1941, 41/42; ders., ASMZ 1945, 16; A. Hunold, Das Solidaritätsprinzip in der Lohn- und Verdienstersatzordnung, NZZ Nr. 747 vom 2. Mai 1944. — AKL 102, ZLV 1941, 258: „... Die Grundidee, welche zur Schaffung der Lohnausgleichskassen geführt hat, besteht darin, dass alle diejenigen, die trotz der Mobilmachung noch eine lohnende Tätigkeit ausüben können, die Pflicht haben, einen bescheidenen Teil dieses Einkommens zugunsten derjenigen Personen und ihrer Familien hinzugeben, die in Erfüllung ihrer militärischen Pflichten ihre zivile Beschäftigung aussetzen müssen ...“.

pflcht ausdrücklich befreit ist, obwohl die allgemeinen Voraussetzungen der Leistungspflicht gegeben wären.

Nicht behandelt oder im Zusammenhang nur kurz gestreift werden deshalb alle übrigen Probleme der Beitragspflicht, wie beispielsweise die Frage nach dem Ausmass der Beiträge, d. h. die Frage, welche Bezüge als beitragspflichtige Lohnbestandteile gelten, ferner die Fragen formeller Natur über die Erhebung der Beiträge (Einzug, Vollstreckung von Beitragsforderungen, Nachzahlung und Rückforderung von Beiträgen, Sanktionen bei schuldhafter Nichterfüllung der Beitragspflicht usw.), oder das Problem der rechtlichen Natur der Beiträge.

B. Das System der Beitragserhebung

Vor den grundsätzlichen Erörterungen über die rechtlichen Grundlagen der Beitragspflicht ist hier noch kurz auf das System der Beitrags-erhebung einzutreten.

1. Die Erhebung der Beiträge erfolgt nach dem *Quellensystem*, d. h. sie werden unmittelbar bei der Auszahlung des Lohnes abgezogen. Die Pflicht zur Erhebung der Beiträge liegt deshalb dem Arbeitgeber ob¹⁰⁰, wie ihm andererseits auch die Aufgabe übertragen ist, die Lohnausfallentschädigungen an seine im Militärdienst abwesenden Arbeitnehmer auszuzahlen.¹⁰¹ Bei jeder Gehalts- oder Lohnzahlung hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerbeiträge von 2% abzuziehen und zusammen mit seinen dazu gelegten Arbeitgeberbeiträgen von 2% der ausbezahlten Lohnsumme in monatlicher Abrechnung einer Ausgleichskasse abzuliefern oder mit den von ihm ausbezahlten Lohnausfallentschädigungen zu verrechnen.¹⁰² Abrechnungspflichtig ist somit allein der Arbeitgeber.¹⁰³ Um dieser Pflicht zu genügen, hat sich jeder

¹⁰⁰ Vgl. Zitat vorn N 63. Dazu **AKL 678**, ZLV 1946, 363.

¹⁰¹ LEO 4 I Satz 1 (20.12.39; AS 55, 1507).

¹⁰² LEO 13 I (20.12. 39; AS 55, 1510).

¹⁰³ Er ist selbst dann von der Verantwortlichkeit für die richtige Erfüllung der Abrechnungspflicht nicht entbunden, wenn er die Entrichtung des Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitrages vertraglich dem Arbeitnehmer überbunden hat (**AKL 625**, ZLV 1946, 40). Da eine derartige Vereinbarung dem sozialen Sinn und Zweck der LEO widerspricht, ist sie überhaupt an und für sich verwerflich.

Arbeitgeber einer bestimmten, vom Gesetz vorgeschriebenen Ausgleichskasse anzuschliessen.¹⁰⁴

2. Aus der Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ergibt sich seine *Haftung*, sowohl für den Arbeitgeber- wie den Arbeitnehmerbeitrag, für den letzteren allerdings nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung der Inkassopflicht, sei es dass sie überhaupt nicht oder nicht richtig erfüllt wird.¹⁰⁵ Freilich wird der Arbeitnehmerbeitrag vom Arbeitnehmer geschuldet, das ergibt sich aus FOAL 5 I Satz 1¹⁰⁶, sowie aus LEO 6 I Satz 1¹⁰⁷. Dagegen bleibt es dem Arbeitgeber freigestellt, ob er ihn dem Arbeitnehmer abziehen oder zu dessen Gunsten auf sich nehmen will. Eine Pflicht zur Belastung des Arbeitnehmers besteht nicht¹⁰⁸, der Arbeitgeber hat lediglich die Beiträge von 4% abzuliefern. Doch kann er nicht nachträglich gegen den Arbeitnehmer Rückgriff nehmen, wenn er während längerer Zeit bei den Lohnzahlungen den Abzug der Arbeitnehmerbeiträge unterliess und der Arbeitnehmer deshalb annehmen durfte, der Arbeitgeber hätte den Beitrag selbst übernommen; jede Lohnzahlung schliesst die Vermutung des Abzuges der Beiträge in sich.¹⁰⁹

3. Im weitem bringt es das System der Beitragserhebung an der Quelle durch den Arbeitgeber mit sich, dass grundsätzlich Arbeitgeber und Arbeitnehmer als beitragspflichtige Einheit der Lohnersatzordnung unterstellt sind; denn nur dann lässt sich die Abrechnungspflicht auf

¹⁰⁴ Vgl. dazu die Abh. ZLV 1945, 499 ff.

¹⁰⁵ **AKL 536**, Erw. 2, ZLV 1945, 109; **AKL 560**, Erw. 2, ZLV 1945, 225; **AKL 626**, ZLV 1946, 41; **AKL 634**, ZLV 1946, 101; **AKL 685**, ZLV 1946, 466; **AKL 710**, Erw. 2, ZAK 1947, 19.

¹⁰⁶ Wortlaut vorn N 63. — Vgl. **AKL 536**, Erw. 1, ZLV 1945, 109.

¹⁰⁷ 26.3.45 (AS 61, 160); vgl. Wortlaut hinten N 205.

¹⁰⁸ Im Entwurf des Zentralverbandes schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen vom 12. Okt. 1939 war in Art. 6 II ausdrücklich vorgesehen, dass der Arbeitgeber berechtigt sei, den entsprechenden Abzug zu Lasten des Arbeitnehmers vorzunehmen.

¹⁰⁹ „Auszüge aus Entscheidungen von Schiedskommissionen“ Nr. 81, Erw. 2, ZLV 1944, 218; Entscheidung des Gewerbegerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 1943, ZLV 1944, 395, auch publ. in „Blätter für Zürcherische Rechtsprechung“ Bd. 43 (1944) Nr. 2c.

Vgl. zum ganzen Absatz die Abh. ZLV 1946, 565 ff.

diese Weise durchführen. Wenn auch nur auf einer Seite, sei es des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, die Voraussetzungen für die Beitragspflicht fehlen oder eine Befreiung von der Beitragspflicht von Gesetzes wegen eintritt, so fällt auch die Leistungspflicht des Vertragspartners dahin. Im Laufe der Zeit ist jedoch dieses wesentliche Grundprinzip der Lohnersatzordnung durch den Gesetzgeber selbst durchbrochen worden, sodass von einer allgemeinen Geltung nicht mehr gesprochen werden kann. Die Anwendung dieses Prinzips hat nämlich dazu geführt, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber der Lohnersatzordnung nicht unterstellt waren, keinen Anspruch auf Lohnausfallentschädigung erheben konnten.¹¹⁰ Diese Lücke in der Gesetzgebung liess deshalb eine Durchbrechung des Grundsatzes als angezeigt erscheinen. Nach geltendem Recht gibt es somit gewisse Arbeitnehmerkategorien, die nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig (und anspruchsberechtigt) sind, obschon ihre Arbeitgeber wegen Fehlens der Voraussetzungen überhaupt nicht beitragspflichtig oder von der Beitragspflicht ausdrücklich befreit sind. Solche Arbeitnehmer sind selbst einer Ausgleichskasse angeschlossen und ihr gegenüber abrechnungspflichtig.¹¹¹

¹¹⁰ Vgl. dazu hinten bei N 639 und 672 sowie § 10 III.

¹¹¹ VW 1 bis I (29.6.42; AS 58, 621; vgl. Wortlaut hinten N 641); Vfg. 56 Art. 3 II a und 5 I.

1. ABSCHNITT

Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft als Entstehungsgrund der Beitragspflicht

1. KAPITEL

Das Dienstverhältnis als sachliche Voraussetzung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft

§ 3. Allgemeine Begriffsbestimmung des Dienstverhältnisses

I. EINLEITUNG

1. Die grundsätzliche Verpflichtung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Beitragsleistung ist in der Finanzordnung für Arbeit und Lohnersatz statuiert.¹¹² Die Frage dagegen, wann eine Person als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zu gelten hat und damit beitragspflichtig wird, richtet sich nach den Bestimmungen der Lohnersatzordnung. Massgebend in sachlicher Hinsicht ist dabei LEO 1 I¹¹³, wo bestimmt wird:

„Dieser Bundesratsbeschluss findet Anwendung auf alle an einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer.“

Damit kommt zum Ausdruck, dass die Beteiligung an einem Dienstverhältnis als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer die Unterstellung unter die Lohnersatzordnung zur Folge hat, d.h. dass die Vorschriften über die Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung auf die an einem Dienstverhältnis beteiligten Vertragsparteien zur Anwendung kommen. Dabei ist für die Beitragspflicht die Beteiligung an einem Dienstverhältnis die einzige sachliche Voraussetzung, während für den Anspruch auf Lohnausfallentschädigung weitere Voraussetzungen (Arbeitnehmereigenschaft im Hauptberuf, Lei-

¹¹² Vgl. Zitat vorn N 63.

¹¹³ 20.12.39 (AS 55, 1505).

stung von Militärdienst)¹¹⁴ erfüllt sein müssen. Sind die Voraussetzungen für das Bestehen eines Dienstverhältnisses nicht erfüllt, so ist eine Person nur dann beitragspflichtig, wenn dies der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen hat, wie dies z.B. in bezug auf sogenannte „männliche mitarbeitende Familienglieder im Gewerbe“¹¹⁵, auf dem „Betriebsleiter“ unterstellte Mitglieder von Gemeinschaftsverhältnissen¹¹⁶ oder auf Personen im Arbeitsdienst¹¹⁷ geschehen ist.

2. Aus dieser Formulierung des sachlichen Geltungsbereiches der Beitragspflicht ergibt sich, dass dem Begriff des Dienstverhältnisses in der Auslegung der Normen der ganzen Ordnung grösste Bedeutung zukommt. Denn nur in der Auseinandersetzung mit diesem Begriff ist es möglich, die Abgrenzung der unselbständigen entgeltlichen Tätigkeit vorzunehmen, wie sie durch den Charakter der Lohnersatzordnung als Sozialgesetz zum Schutze der militärdienstpflichtigen Arbeitnehmer gefordert wird.¹¹⁸ Die Bestrebungen zum Schutze des Wehrmannes vor den wirtschaftlichen Folgen des Militärdienstes waren ja ursprünglich in erster Linie auf die Kategorie der Unselbständigerwerbenden gerichtet. Die Notwendigkeit, diesen Schutz auch auf die Selbständigerwerbenden zu erstrecken, ergab sich eigentlich erst nach Beginn des Aktivdienstes 1939. Der Forderung nach einem Ausgleich des den Selbständigerwerbenden durch Leistung von Militärdienst entgangenen Verdienstes wurde deshalb erst später durch die Einführung der Verdienstersatzordnung¹¹⁹ Rechnung getragen.

Diese Priorität des Arbeitnehmers bei der Ausgestaltung des wirtschaftlichen Wehrmannsschutzes kommt nicht von ungefähr. Die Rechts-

¹¹⁴ LEO 2 I (28.1.44; AS 60, 121).

¹¹⁵ Vfg. 48 Art. 9 I. Vgl. dazu hinten § 8 II B 3.

¹¹⁶ Vfg. 48 Art. 8. Vgl. dazu hinten § 9 III 2.

¹¹⁷ Vgl. hinten bei N 365.

¹¹⁸ Dieser Charakter der LEO kommt schon in ihrem Titel („BRB über eine provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an militärdienstleistende Arbeitnehmer“) sowie in der Präambel („...in der Absicht, zugunsten der militärdienstleistenden Arbeitnehmer ... eine Lohnausfallentschädigung einzuführen,..“) deutlich zum Ausdruck.

¹¹⁹ BRB über eine provisorische Regelung der Verdienstaufschüttungsentschädigungen an militärdienstleistende Selbständigerwerbende (Verdienstersatzordnung) vom 14. Juni 1940, in Kraft seit 15.6.40.

ordnung hatte sich seit der Industrialisierung der Länder mit dem daraus hervorgehenden Stand der unselbständigerwerbenden Lohnarbeiter besonders zu befassen, um diese Personen vor wirtschaftlicher Ausbeutung durch die Unternehmer einerseits und vor den wirtschaftlichen Folgen des Verlustes ihrer Arbeitskraft andererseits zu schützen. So entwickelte sich ein Sonderrecht der Arbeitnehmer, nämlich ein dem Grundgedanken des Sozialrechts entsprechendes Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht.¹²⁰ Die Entstehung dieses Sozialrechts ist somit auf die besondere Schutzbedürftigkeit einer bestimmten Klasse von Erwerbstätigen zurückzuführen, wobei sich diese Schutzbedürftigkeit aus der in verschiedener Beziehung abhängigen Stellung dieser Personen ergibt.¹²¹

Unerheblich für die Anwendung des Sozialrechts ist es, ob im konkreten Einzelfall eine solche Schutzbedürftigkeit tatsächlich besteht und der einzelne Arbeitnehmer somit überhaupt auf den Schutz der Sozialbestimmungen angewiesen ist.¹²² Das gilt auch für die Anwendung der Lohnersatzordnung: Sie erfasst alle Personen, die in unselbständiger Weise erwerbstätig sind ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall ein Bedürfnis nach Schutz vor den wirtschaftlich nachteiligen Folgen des Militärdienstes besteht oder nicht.¹²³

Gleichgültig für die Anwendung des Sozialrechts ist es auch, ob ein Erwerbstätiger im Haupt- oder Nebenberuf als Arbeitnehmer tätig ist, obschon man den Standpunkt vertreten könnte, dass eine wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit nur bei denjenigen Unselbständigerwerbenden bestehe, die ihre Haupttätigkeit in abhängiger Stellung ausüben, sodass ihre Gesamtstellung im Wirtschaftsleben als unselbständig erscheint. Darauf kann jedoch das Sozialrecht nicht abstellen; es darf auch einem, der nur nebenbei in unselbständiger Stellung erwerbstätig ist, für diese Tätigkeit seinen Schutz nicht versagen.¹²⁴ Davon geht auch die Lohnersatzordnung aus: Prin-

¹²⁰ Vgl. dazu Hueck/Nipperdey I 7 ff.; zum Begriff des Arbeitsrechts vgl. Schreurs 4 ff., Gysin 15/16.

¹²¹ Vgl. dazu Nikisch 94 ff.

¹²² Nikisch 94.

¹²³ Vgl. auch hinten Einleitung vor § 5.

¹²⁴ Das gilt insbesondere für das Arbeitsrecht. Vgl. Lautner 106; Hueck/Nipperdey I 41; Kaskel 31.

ziell hat jeder Wehrmann Anspruch auf Lohnausfallentschädigung, der in seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit einen Lohnausfall erleidet, gleichgültig, ob er diese Tätigkeit im Haupt- oder Nebenberuf ausübt.

Diesem Grundsatz scheint allerdings die Bestimmung von LEO 2 I¹²⁵ zu widersprechen, wo bestimmt wird, dass Anspruch auf Lohnausfallentschädigung nur „die im Hauptberuf unselbständigerwerbenden, Militärdienst leistenden Wehrmänner“ haben. Allein dieser Widerspruch ist lediglich ein scheinbarer, und zwar aus folgenden Gründen: Die erwähnte Einschränkung fand sich in der ersten Fassung von LEO 2 I¹²⁶ noch nicht, sondern wurde erst in die Lohnersatzordnung aufgenommen, nachdem die Verdienstersatzordnung geschaffen und in Kraft gesetzt worden war.¹²⁷ Wenn nun LEO 2 I in der revidierten Fassung für den Anspruch auf Lohnausfallentschädigung eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Hauptberuf voraussetzt, so dient diese Beschränkung lediglich der Abgrenzung gegenüber dem Anspruch auf Verdienstaufallentschädigung nach der Verdienstersatzordnung bei Personen, die für ihre unselbständige Erwerbstätigkeit der Lohnersatzordnung und gleichzeitig für ihre selbständige Erwerbstätigkeit der Verdienstersatzordnung unterstehen. Da nun solche Erwerbstätige gemäss ausdrücklicher Vorschrift nicht zugleich Anspruch auf Lohn- und Verdienstaufallentschädigungen haben sollen¹²⁸, wird für den Anspruch auf die eine oder die andere Entschädigung der Hauptberuf als massgebend erklärt.¹²⁹ Auch die revidierte Fassung von LEO 2 I schliesst somit nicht aus, dass grundsätzlich auch ein im Nebenberuf Unselbständigerwerbender Anspruch auf Lohnausfallentschädigung er-

¹²⁵ 28.1.44; AS 60, 121.

¹²⁶ 20.12.39 (AS 55, 1505).

¹²⁷ Revision von LEO 2 I durch BRB vom 28.12.40 (AS 56, 2036); später erneut revidiert am 28.1.44 (AS 60, 121).

¹²⁸ VW 3 I Satz 1 (24.3.45; AS 61, 197); AVEO 39 I Satz 1 (25.6.40; AS 56, 984).

¹²⁹ VW 3 I Satz 2 (24.3.45; AS 61, 197); VEO 2 I (28.1.44; AS 60, 124), 40 Satz 2 (9.8.40; AS 56, 1385); AVEO 11^{bis} Satz 1 (24.3.45; AS 61, 199), 39 I Satz 2, 39 II Satz 1, 39 III Satz 1 (25.6.40; AS 56, 984).

Ueber den Begriff des Hauptberufes vgl. VW 3 I Satz 3 (24.3.45; AS 61, 197) und AVEO 11^{bis} Satz 2 (24.3.45; AS 61, 199).

heben kann, nämlich dann, wenn er für seine Hauptbeschäftigung weder der Lohn- noch der Verdienstersatzordnung unterstellt ist.¹³⁰

Das bei N 124 erwähnte Prinzip wirkt sich auch hinsichtlich der Beitragspflicht aus: Die Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung eines im Nebenberuf Unselbständigerwerbenden besteht auch dann, wenn er als Selbständigerwerbender im Hauptberuf der Verdienstersatzordnung unterstellt ist und dafür nach dieser Ordnung Beiträge zu entrichten hat.¹³¹ Die Beitragspflicht nach der Verdienstersatzordnung schliesst demnach diejenige nach der Lohnersatzordnung nicht aus und umgekehrt.¹³² In der gleichzeitigen Erhebung von Beiträgen nach beiden Ordnungen ist jedoch, entgegen einer weitverbreiteten Meinung unter den Beitragspflichtigen, keine „Doppelbesteuerung“¹³³ zu erblicken, da die Beiträge nach der Lohnersatzordnung für den Wehrmannsschutz der Unselbständigerwerbenden, diejenigen nach der Verdienstersatzordnung jedoch für den Wehrmannsschutz der Selbständigerwerbenden bestimmt sind; es handelt sich also um verschiedene, wenn auch ähnliche Abgaben für verschiedene Zwecke.¹³⁴

3. Mit den bisherigen Feststellungen ist allerdings die Frage, wann eine Erwerbstätigkeit als unselbständige zu gelten hat, d.h. wie sie von der selbständigen abzugrenzen ist, noch nicht entschieden. Dieses Problem stellt sich nicht nur hier, sondern in der Sozialgesetzgebung überhaupt. Wenn einzelne Sozialgesetze auf eine Umschreibung der unselbständigen Erwerbstätigkeit hin überprüft werden, so fällt auf, dass eine Legaldefinition in der Regel fehlt.¹³⁵ Eine solche generelle Um-

¹³⁰ Das war z. B. der Fall vor dem Erlass des BRB über die Ausrichtung von Studienausfallentschädigungen an militärdienstleistende Studierende an höheren Lehranstalten vom 29. März 1945/24. Sept. 1946 (AS 61, 189; 62, 828), sofern Studierende neben dem Studium unselbständig erwerbstätig waren; vgl. dazu **AKL 217**, ZLV 1942, 364; **AKL 218**, ZLV 1942, 365; **AKL 351**, ZLV 1943, 406.

¹³¹ VEO 40 Satz 1 (9.8.40; AS 56, 1385); AVEO 39 II Satz 2 (25.6.40; AS 56, 984). Vgl. dazu **AKL 52**, ZLV 1941, 86; **AKL 56**, ZLV 1941, 116.

¹³² AVEO 39 III Satz 2 (25.6.40; AS 56, 984).

¹³³ Mit diesem Ausdruck soll eine Qualifizierung der Beiträge nach LEO und VEO als Steuern nicht präjudiziert werden; vgl. hinten bei N 667.

¹³⁴ **AKV 31**, Erw. 2, ZLV 1941, 162; **AKV 229**, Erw. 1, ZLV 1943, 131.

¹³⁵ Ansätze dazu finden sich vereinzelt: vgl. z. B. Gesetz des Kt. Solothurn betr. die Arbeitslosenversicherung vom 31. Okt. 1936 § 1 I, und Gesetz

schreibung ist denn auch von problematischem Wert; sie bleibt deshalb besser der Rechtsprechung vorbehalten. Das gilt auch von der Umschreibung des Begriffs des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung. Erst seine Auslegung durch die Praxis kann über die Frage entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Sinne der Lohnersatzordnung vorliegt und auf welche Weise ihre Abgrenzung gegenüber der selbständigen zu erfolgen hat.

II. Begriffsbestimmung im Gesetz

1. Weder die Lohnersatzordnung selbst noch deren Ausführungs-erlasse enthalten eine nähere Begriffsbestimmung des Dienstverhältnisses. Dazu kommt, dass die Terminologie in der Gesetzgebung nicht durchgehend einheitlich ist. Neben „Dienstverhältnis“¹³⁶ spricht das Gesetz von „Anstellung“¹³⁷, „Anstellungsverhältnis“¹³⁸ oder „Dienstvertrag“¹³⁹. Diese verschiedenartige Ausdrucksweise für denselben Begriff lässt keine näheren Schlüsse auf die Begriffsbestimmung ziehen; sie ist sogar zum Teil irreführend¹⁴⁰. Sachliche Gründe für diese

des Kt. Appenzell A.-Rh. betr. die Arbeitslosenversicherung vom 26. April 1931 Art. 2 II, beide mit folgendem Wortlaut: „Als Unselbständigerwerbende im Sinne dieses Gesetzes gelten Personen, die weder für sich allein, noch als Teilhaber in eigenem Geschäft tätig sind.“

Vgl. auch „Grundsätze für die Ausgestaltung der Alters- und Hinterlassenenversicherung“, zweiter Abschnitt, B I 1 a: „Als Unselbständigerwerbende gelten natürliche Personen, die in abhängiger Stellung gegen Entgelt Arbeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit leisten.“ (ExpBer AHV S. 181).

¹³⁶ LEO 1 (20.12.39; AS 55, 1505); ALEO 2 I, 4 I (4.1.40; AS 56, 11/12); VW 8 III (13.11.44; AS 60, 737); Vfg. 42 Art. 1 d, 2 b und c.

¹³⁷ ALEO 4 I (4.1.40; AS 56, 12).

¹³⁸ ALEO 8 I Satz 1 (4.1.40; AS 56, 13).

¹³⁹ LEO 6 I (26.3.45; AS 61, 160); Wortlaut hinten N 205.

¹⁴⁰ So lässt z. B. der in LEO 6 I Satz 1 (Wortlaut hinten N 205) verwendete Ausdruck „Dienstvertrag“ den Eindruck entstehen, es handle sich beim Begriff des Dienstverhältnisses um den Dienstvertrag im Sinne von OR 319 ff., was keineswegs zutrifft, wie noch zu zeigen sein wird (hinten III C 2). Jedenfalls hat diese Bestimmung wesentlich zu der weitverbreiteten irrümlichen Meinung beigetragen, nur die in einem Dienstvertrag nach OR stehenden Personen seien nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig.

abweichende Terminologie sind nicht zu erkennen; die verschiedenartige Stilisierung ist offenbar durchaus willkürlich. Immerhin erfolgt eine gewisse Abgrenzung des Begriffs des Dienstverhältnisses durch verschiedene Bestimmungen:

a) Dazu gehört einmal die Vorschrift von LEO 1 II¹⁴¹, die besagt, dass zu den Dienstverhältnissen im Sinne von LEO 1 I auch das Anstellungsverhältnis des Heimarbeiters und des Handelsreisenden zu zählen sei. Einen andern Sinn kann übrigens diese Bestimmung gar nicht haben, denn damit werden diese Personen nicht schlechthin nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig erklärt, sondern nur dann, wenn sie in einem Dienstverhältnis stehen¹⁴².

b) Im Sinne einer Abgrenzung des Begriffs des Dienstverhältnisses (und nicht etwa als Definition!) ist ferner die Bestimmung von ALEO 2 I¹⁴³ zu verstehen, wo es heisst:

„Als Dienstverhältnis im Sinne des Art. 1 des Bundesratsbeschlusses gilt jede, also auch die ihrer Natur nach nur vorübergehende Anstellung bei einem Arbeitgeber, wie die Anstellung als Tagelöhner oder als Aushilfen und dergleichen.“

Damit kommt zum Ausdruck, dass grundsätzlich die Dauer des Dienstverhältnisses unerheblich ist¹⁴⁴, d. h. dass unter den Begriff des Dienstverhältnisses auch Rechtsverhältnisse fallen, die nicht den Charakter einer dauernden Anstellung tragen, sondern bloss zu vorübergehenden Zwecken (z. B. für die Ernte) abgeschlossen werden, gleichgültig, ob der Arbeitnehmer bei ständigem Wechsel des Arbeitsplatzes gewerbsmässig in unselbständiger Weise tätig ist und deshalb zum Stande der Unselbständigerwerbenden gehört, oder ob er sich bloss ausnahmsweise vorübergehend anstellen lässt.

Damit scheint allerdings die Vorschrift von VW 2 II¹⁴⁵ im Widerspruch zu stehen, wo bestimmt wird, dass Personen, die nur vorübergehend bestimmte und bemessene Aufträge auszuführen haben, nicht als

¹⁴¹ 20.12.39 (AS 55, 1505).

¹⁴² AKL i. Sa. K. vom 17.4.42.

¹⁴³ 4.1.40. (AS 56, 11).

¹⁴⁴ AKL 36, ZLV 1941, 11; AKL 83, ZLV 1941, 192.

¹⁴⁵ 27.1.40 (AS 56, 140); vgl. Wortlaut hinten vor N 698.

Unselbständigerwerbende gelten. Allein es handelt sich hiebei nicht um eine die Arbeitnehmereigenschaft in sachlicher Hinsicht einschränkende Bestimmung, sondern um eine Norm, die einen Befreiungsgrund von der Beitragspflicht statuiert. Eine Befreiung gemäss dieser Vorschrift erfolgt nur nach ganz bestimmten, von der Praxis aufgestellten Grundsätzen und betrifft nur diejenigen Personen, die bloss ausnahmsweise und vorübergehend angestellt werden (davon näheres hinten § 12 II).

c) Ein letzter — allerdings nur versteckter — Hinweis auf die Begriffsbestimmung des Dienstverhältnisses findet sich schliesslich in VW 14 II Satz 1¹⁴⁶:

„Bezüge von Mitgliedern der Verwaltung von Aktiengesellschaften und Genossenschaften, wie Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder, soweit sie nicht Spesenersatz darstellen, gelten als Lohn.“

Diese Bestimmung gibt direkt eine Anweisung, was als Bestandteil des Lohnes zu betrachten sei, der sowohl für die Bemessung der Lohnausfallentschädigungen wie für die Festsetzung der Beiträge massgebend ist. Dementsprechend findet sich dieser Artikel denn auch im Rahmen der Bestimmungen über den massgebenden Lohn, d. h. über das Ausmass der Beitragspflicht. Indirekt aber kommt in dieser Bestimmung zum Ausdruck, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften und Genossenschaften als in einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung stehend zu betrachten sind.

2. Nebst diesen gesetzlichen Bestimmungen liegt über den Begriff des Dienstverhältnisses eine authentische Interpretation von Seiten des Gesetzgebers selbst vor. Nach einer befürwortenden Stellungnahme der AKL als begutachtende Instanz¹⁴⁷ beschloss nämlich der Bundesrat durch BRB vom 9. Juli 1940¹⁴⁸, dass auch die vom Volk oder von Parlamenten gewählten Magistrate und Richter, d. h. die Mitglieder der Regierungen und Gerichte des Bundes und der Kantone sowie der Bundeskanzler der Lohnersatzordnung zu unterstellen

¹⁴⁶ 30.12.40 (AS 56, 2060).

¹⁴⁷ LEO 16 II Satz 1 (28.144; AS 60, 122).

¹⁴⁸ Nicht publiziert; doch ist der Inhalt des Beschlusses im wesentlichen durch KS des BIGA vom 1.8.1940 bekannt gegeben worden.

seien. In analoger Weise muss dies auch für die Exekutivorgane und Gerichtsbehörden der Bezirke (bzw. Kreise) und Gemeinden gelten¹⁴⁹. Ebenso unterstehen der Lohnersatzordnung gemäss diesem Beschluss die Mitglieder von nichtparlamentarischen (ausserparlamentarischen) Kommissionen, d. h. der vom Bundesrat (bzw. Regierungs- oder Gemeinderat), seinen Departementen oder nachgeordneten Amtsstellen eingesetzten Kommissionen. Damit wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der bezeichneten Personen von Gesetzes wegen als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung gilt.

Dagegen sind nach dem erwähnten Bundesratsbeschluss die Parlamentarier und die Mitglieder von parlamentarischen Kommissionen für ihre Taggelder und Entschädigungen nicht nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig¹⁵⁰. Wenn auch der Bundesrat dabei in erster Linie an die Mitglieder des eidgenössischen Parlamentes gedacht haben mag, so besteht kein Zweifel, dass dies in analoger Weise auch für kantonale und kommunale Parlamente bzw. parlamentarische Kommissionen gelten muss¹⁵¹.

III. Die Auslegung des Begriffs

A. Die formelle Garantie der einheitlichen Auslegung

In Ermangelung einer näheren Begriffsbestimmung im Gesetz erhält die Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses in der Rechtsprechung eine eminente Bedeutung. Es handelt sich überhaupt um die wichtigste Auslegungsfrage in der Lohnersatzordnung. Angesichts dieser weittragenden Bedeutung hat der Gesetzgeber in zweckmässiger Weise dafür gesorgt, dass die Auslegung des Begriffs in raschem und einfachem Verfahren erfolgt unter gleichzeitiger Gewährleistung einer einheitlichen Auslegungspraxis in der ganzen Schweiz. Dieser Zweck

¹⁴⁹ Vgl. **AKL 517**, Erw. 2, ZLV 1945, 40.

¹⁵⁰ Vgl. dazu **AKL** i. Sa. G. vom 9.2.44.

¹⁵¹ Darauf weist auch — freilich etwas unbestimmt und lückenhaft — das BIGA im letzten Satz seines Kreisschreibens vom 1.8.40 hin, wo es heisst: „... Wir geben Ihnen von diesem Beschluss hiemit Kenntnis in der Meinung, dass die gleichen Grundsätze auch auf kantonalem Gebiet zur Anwendung gebracht werden.“

wurde durch eine entsprechende Gestaltung der Zuständigkeit der rechtssprechenden Organe erreicht.

Die Rechtspflege auf dem Gebiete der Lohnersatzordnung¹⁵² wird durch Spezialverwaltungsgerichte ausgeübt, und zwar in erster Instanz durch die Schiedskommissionen, wovon für je eine Ausgleichskasse eine solche besteht¹⁵³, und in zweiter und letzter Instanz durch die eidgenössische Aufsichtskommission für die Lohnersatzordnung.¹⁵⁴

Die Zuständigkeit dieser beiden Instanzen war ursprünglich so geregelt, dass bei Streitigkeiten über die Unterstellung einer Person unter die Lohnersatzordnung, d. h. über die grundsätzliche Frage der Voraussetzungen der Beitragspflicht, die AKL als einzige Instanz zuständig war¹⁵⁵, während in allen übrigen Fällen die Schiedskommissionen als erste und in gewissen Fällen als einzige Instanzen zu entscheiden hatten¹⁵⁶. Auf diese Weise konnten Streitigkeiten über die Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses jederzeit und ohne Befristung direkt bei der AKL anhängig gemacht werden¹⁵⁷. Darin lag eine Garantie für ein rasches Verfahren und, was besonders wesentlich ist, für eine einheitliche Auslegung. Sie wurde noch verstärkt durch die im Gesetz statuierte Pflicht der Ausgleichskassen, bei bestehendem Zweifel über die Unterstellung einer Person unter die Lohnersatzordnung den Fall von sich aus der AKL zur Entscheidung vorzulegen¹⁵⁸.

Aus Gründen, die in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden können¹⁵⁹, ist die Zuständigkeitsordnung mit Wirkung ab 1. Juni 1944 in dem Sinne geändert worden, dass jetzt die Schiedskommissionen in allen Fällen als erste Instanz zuständig sind¹⁶⁰, während die

¹⁵² Vgl. darüber ausführlich die Abhandlungen ZLV 1944, 383 ff., 433 ff., und ZAK 1947, 525 ff.

¹⁵³ LEO 15 I (20.12.39; AS 55, 1511); LEO 15 II (26.1.40; AS 56, 125).

¹⁵⁴ LEO 16 I (20.12.39; AS 55, 1511).

¹⁵⁵ Alt LEO 16 III (20.12.39; AS 55, 1512).

¹⁵⁶ Alt LEO 15 III/IV (20.12.39; AS 55, 1511).

¹⁵⁷ **AKL 99**, Erw. 1, ZLV 1941, 256.

¹⁵⁸ Alt VW 32 (27.1.40; AS 56, 150).

¹⁵⁹ Vgl. darüber ZLV 1943, 157; 11. Vollmachtenbericht vom 27.10.44 (BB1 1944 I 1197); StenBull StR 1944, 223/24.

¹⁶⁰ LEO 15 III (26.5.44; AS 60, 347).

AKL nur noch als Beschwerdeinstanz für Streitigkeiten grundsätzlicher Natur und überhaupt nicht mehr als einzige Instanz fungiert¹⁶¹. Da es sich jedoch bei der Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses um eine grundsätzliche Frage handelt, die deshalb gegebenenfalls an die AKL weitergezogen werden kann, bleibt auch nach der neuen Regelung eine gewisse Garantie für die einheitliche Auslegung gewahrt.

Die Entscheidungen der AKL sind auf alle Fälle endgültig. Das galt schon für die Zeit vor der Revision und gilt auch jetzt noch, denn die AKL ist ein Spezialverwaltungsgericht des Bundes und als solches dem Bundesgericht gleichgestellt. Ein Weiterzug ihrer Entscheidungen an das Bundesgericht oder gar an den Bundesrat ist deshalb ausgeschlossen¹⁶².

B. Die für die Auslegung massgebende ratio legis

Die AKL hat von Anfang an den Standpunkt eingenommen, es entspreche der ratio legis, den Begriff des Dienstverhältnisses im weitesten Sinne auszulegen. Dabei liess sie sich von folgenden zwei Hauptgrundgedanken leiten:

1. Auszugehen ist in erster Linie von dem mit der Lohnersatzordnung als Sozialgesetz verfolgten Zweck, der darin besteht, die unselbständigerwerbenden Wehrmänner und ihre Familien vor den wirtschaftlich nachteiligen Folgen des Militärdienstes zu schützen. Es lag deshalb nahe, möglichst viele Wehrmänner in den Genuss einer Lohnausfallentschädigung zu bringen. Eine weite Interpretation des Begriffs des Dienstverhältnisses schien vor allem gerechtfertigt im Zeitraum vor der Schaffung der Verdienstersatzordnung für Selbständigerwerbende, die erst fünf Monate nach der Lohnersatzordnung erlassen wurde. Deshalb bestand damals die Tendenz, auch solche Arbeitsverhältnisse als Dienstverhältnisse zu qualifizieren, die

¹⁶¹ LEO 16 III (26.5.44; AS 60, 347).

¹⁶² Urteil des Bundesgerichts (verwaltungsrechtliche Kammer) i. Sa. Gesellschaft für Transportwerte und Konsorten vom 28.11.41, ZLV 1942, 54/55; Urteil des Bundesgerichts (staatsrechtliche Kammer, i. Sa. Buzzini vom 11.12.44, ZLV 1945, 77/78; Entscheid des Bundesrates i. Sa. Gesellschaft für Transportwerte und Konsorten vom 19.12.41, ZLV 1942, 55.

sich auf der Grenze zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit bewegten¹⁶³. Aber auch seit Inkrafttreten der Verdienstersatzordnung geht das Bestreben dahin, möglichst viele Wehrmänner der Lohnersatzordnung zu unterstellen, besonders dann, wenn sie nicht als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten können¹⁶⁴. Damit versucht man, den Kreis der nach Lohn- oder Verdienstersatzordnung anspruchsberechtigten Personen weitgehend zu schliessen und die Fälle, die weiterhin der Notunterstützung zugewiesen werden müssen, auf ein Minimum zu reduzieren.¹⁶⁵

2. Der zweite Hauptgrund einer extensiven Interpretation ist ein rein fiskalischer und betrifft damit unmittelbar die Beitragspflicht. Es ist nämlich zu bedenken, dass man sich über die finanziellen Auswirkungen dieses Sozialwerkes am Anfang kein genaues Bild machen konnte, und dass die finanziell günstige Entwicklung, wie sie sich später zeigte, nicht vorauszusehen war. Man hatte stets damit zu rechnen, dass infolge plötzlicher vermehrter Truppenaufgebote im Aktivdienst die Ausgaben für Lohnausfallentschädigungen derart stiegen, dass das Gleichgewicht zwischen Beiträgen und Entschädigungen vollständig verschoben würde. Dieser Gefahr eines frühzeitigen Defizites suchte man in der Weise zu begegnen, dass die Beitragspflicht auf möglichst weite Kreise ausgedehnt wurde, was auf dem Wege einer extensiven Interpretation des Begriffs des Dienstverhältnisses erreicht werden konnte. In dieser Hinsicht ging die Praxis sogar soweit, dass der Eindruck entstand, Ausgangspunkt für die Beitragspflicht sei nicht der Begriff des Dienstverhältnisses, sondern der

¹⁶³ Hans Huber, SJZ 1945, 53. Ein charakteristisches Beispiel bieten die Fälle der sog. Krankenkassenärzte, deren Rechtsverhältnis zur Krankenkasse ursprünglich als Dienstverhältnis i. S. der LEO qualifiziert wurde (AKL 38, ZLV 1941, 12; AKL 82, ZLV 1941, 191). Mit Vfg. 12 des EVD zur Verdienstersatzordnung vom 14. Okt. 1940 (AS 56, 1647, aufgeh.) wurden jedoch alle selbständig praktizierenden Aerzte der Verdienstersatzordnung unterstellt, worauf die AKL ihre Praxis änderte, indem sie ein Dienstverhältnis der Krankenkassenärzte zu den Krankenkassen verneinte (vgl. Zitate hinten N 286 und dortigen Kontext).

¹⁶⁴ Dieser Umstand darf allerdings nicht ausschlaggebend sein, doch ist in der Praxis oft darauf hingewiesen worden. Vgl. AKL 172, ZLV 1942, 183; AKL 179, Erw. 2, ZLV 1942, 218/19.

¹⁶⁵ Vgl. auch hinten bei N 563.

Lohnbegriff, d. h. es werde einfach das Bestehen eines Dienstverhältnisses bejaht, wo die Erfassung eines Arbeitsentgelts durch die Beitragspflicht aus fiskalischen Gründen wünschbar erscheine¹⁶⁶.

Dieser zweite Grund scheint nun allerdings später dahingefallen zu sein¹⁶⁷. Wenn die Praxis trotzdem an der extensiven Auslegung festhält, so geschieht dies neben dem in Ziff. 1 erwähnten Grund auch in der Absicht, mit diesen Beiträgen einen Fonds für weitere Verwendungszwecke (z. B. die eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung) zu öffnen.

C. Allgemeine Begriffsumschreibung

1. Nach dem Wortlaut von LEO 1 I¹⁶⁸ umfasst der Begriff des Dienstverhältnisses sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Vertragsverhältnisse über Arbeitsleistung. Daraus ergibt sich, dass der Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung ein Begriff selbständiger Natur ist und deshalb die Frage, ob es sich um ein öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Vertragsverhältnis handelt, gar nicht von Bedeutung ist, sodass sich deren Abklärung im Einzelfall erübrigt¹⁶⁹. Unerheblich ist damit aber auch das Problem, welche Vertragsform des öffentlichen oder privaten Rechts das zu unterstellende Arbeitsverhältnis aufweist. Als Dienstverhältnisse im Sinne der Lohnersatzordnung können deshalb neben den Erscheinungsformen der öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse alle privatrechtlichen Vertragstypen über Arbeitsleistung erscheinen, d. h. sowohl die im OR enthaltenen Arbeits-

¹⁶⁶ Vgl. Abh. ZLV 1942, 249; ExpBer AHV 32.

¹⁶⁷ Am 31. Dezember 1946 betrug der Ueberschuss der Beiträge über die Aufwendungen an Lohnausfallentschädigungen im Zentralen Lohnausgleichsfonds rund 745 Millionen Franken (ZAK 1947, 180).

¹⁶⁸ 20.12.39; AS 55, 1505; Wortlaut vorn bei N 113.

¹⁶⁹ So ist es z. B. gleichgültig, ob die gerichtlich ernannten Liquidatoren einer Aktiengesellschaft (OR 741) den öffentlichen Funktionären (Beamten) gleichgestellt oder als organähnliche Funktionäre der AG in Liquidation behandelt werden (AKL 448, ZLV 1944, 204).

verträge, wie Dienstvertrag¹⁷⁰, Werkvertrag¹⁷¹, Auftrag¹⁷², Maklervertrag¹⁷³, Kommissionsvertrag¹⁷⁴, als auch die im OR nicht geregelten Vertragsarten sui generis (Innominatkontrakte), wie beispielsweise der Agenturvertrag¹⁷⁵. Die zivilrechtlichen Vertragsformen sind damit ohne Bedeutung für die Abgrenzung der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der Lohnersatzordnung¹⁷⁶. Aus diesem Grunde ist selbstverständlich auch unerheblich, welche Bezeichnung die Vertragsparteien für das Rechtsverhältnis gewählt haben¹⁷⁷; doch kann dieselbe gelegentlich als Indiz für das Bestehen eines Dienstverhältnisses dienen¹⁷⁸.

2. Nach der konstanten Praxis der AKL umfasst der Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung alle Rechtsgeschäfte, auf Grund deren eine Person in abhängiger Stellung für einen andern gegen Entgelt tätig ist¹⁷⁹. Im Vergleich zum Dienstvertrag nach OR 319 ff. erscheint

¹⁷⁰ Inklusive Lehrvertrag (AKL 76, ZLV 1941, 186). Geht hervor aus VW 13^{bis} I. (30.12.40; AS 56, 2063); vgl. dazu AKL i. Sa. W. vom 6.3.44; AKL 546, ZLV 1946, 110.

¹⁷¹ AKL 242, Erw. 1, ZLV 1943, 29; AKL 282, ZLV 1943, 231.

¹⁷² AKL 32, ZLV 1941, 9; AKL 81, Erw. 2, ZLV 1941, 191; AKL 212, Erw. 2, ZLV 1942, 360; AKL 226, ZLV 1942, 411; AKL 442, ZLV 1944, 198.

¹⁷³ Vfg. 44 Art. 1.

¹⁷⁴ Vfg. 44 Art. 1; AKL 32, ZLV 1941, 9; AKL 60, ZLV 1941, 118; AKL 111, ZLV 1941, 281; AKL 226, ZLV 1942, 411; AKL 360, Erw. 1, ZLV 1943, 445; AKL 442, ZLV 1944, 198.

¹⁷⁵ Vgl. Zitate N 174.

¹⁷⁶ Die AKL widerspricht deshalb ihrer eigenen Praxis, wenn sie in einem Beschwerdefall für die Unterscheidung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit schlechthin den Gegensatz zwischen Dienstvertrag als Vertragsform der unselbständigen und dem Werkvertrag als Vertragsform der selbständigen Erwerbstätigkeit heranzieht. Vgl. AKL 225, Erw. 2, ZLV 1942, 410.

¹⁷⁷ AKL 34, ZLV 1941, 328; AKL 226, ZLV 1942, 411; AKL 282, ZLV 1943, 232.

¹⁷⁸ AKL 31, ZLV 1941, 327; AKL 54, ZLV 1941, 87; AKL 172, ZFV 1942, 183; AKL 401, ZLV 1944, 63.

¹⁷⁹ AKL 53, ZLV 1941, 86; AKL 101, Erw. 1, ZLV 1941, 257; AKL 102, ZLV 1941, 258; AKL 150, Erw. 1, ZLV 1942, 108; AKL 171, ZLV 1942, 181; AKL 215, ZLV 1942, 362; AKL 296, Erw. 1, ZLV 1943, 268; AKL 360, Erw. 1, ZLV 1943, 445; AKL 398, ZLV 1944, 61; AKL 430, ZLV 1944,

das Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung als weiterer Begriff, denn es weist nicht alle, aber einige Merkmale desselben auf. Damit charakterisiert es sich als dienstvertragsähnliches Rechtsverhältnis¹⁸⁰. Aus dieser Begriffsbestimmung lassen sich folgende vier Bestandteile ableiten, die als unerlässliche Voraussetzungen für das Bestehen eines Dienstverhältnisses zu gelten haben: Arbeit, Entgelt, Abhängigkeit, Vertrag. Diese Faktoren werden nachstehend in § 4 einzeln einer Erörterung unterzogen.

3. Die vorstehend aufgestellte Begriffsbestimmung weist eine gewisse Ähnlichkeit auf mit dem Begriff des Arbeitsvertrages im Sinne der modernen Arbeitsrechtswissenschaft. Die deutsche herrschende Lehre versteht darunter den privatrechtlichen Vertragstypus, durch den sich jemand zur Arbeitsleistung im Dienste eines andern, also in abhängiger Stellung, verpflichtet¹⁸¹, während nach schweizerischer Auffassung der Arbeitsvertrag als „Sammelbegriff für die privatrechtlichen Verträge, durch welche die entgeltliche Leistung unselbständiger Arbeit übernommen wird“, aufzufassen ist¹⁸². Auch beim Arbeitsvertrag handelt es sich um einen selbständigen Vertragstypus, der nicht schlechterdings mit irgendeinem typischen, d. h. im Gesetz geregelten obligationenrechtlichen Vertrag über Arbeitsleistung identisch ist¹⁸³. Es fragt sich deshalb, ob unter dem Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung der Arbeitsvertrag zu

143; **AKL 443**, Erw. 1, ZLV 1944, 200; **AKL 504**, ZLV 1944, 452; **AKL 577**, ZLV 1945, 321; **AKL 692**, ZAK 1946, 510; **AKL 713**, Erw. 2, ZAK 1947, 60; **AKL 722**, Erw. 1, ZAK 1947, 111; **AKL 723**, Erw. 1, ZAK 1947, 112; **AKL 724**, ZAK 1947, 114; **AKL 725**, ZAK 1947, 116; **AKL 735**, ZAK 1947, 341.

¹⁸⁰ **AKL 32**, ZLV 1941, 9; **AKL 226**, ZLV 1942, 411; **AKL 442**, ZLV 1944, 198.

¹⁸¹ Hueck/Nipperdey I 87.

¹⁸² Gysin 31.

¹⁸³ Nach der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft gilt der Arbeitsvertrag allgemein als eine Unterart des Dienstvertrages i.S. des BGB (Hueck/Nipperdey I 94; Kaskel 48; Nikisch 115), während nach schweizerischer Lehre jeder privatrechtliche Vertragstypus über Arbeitsleistung als Arbeitsvertrag zu betrachten ist, sofern er die Leistung von abhängiger Arbeit zum Gegenstande hat, sodass der Arbeitsvertrag im schweizerischen Recht im Vergleich zum Dienstvertrag i.S. von OR 319 ff. als weiterer Begriff erscheint (Gysin 16, VAS 505).

verstehen ist. Ein Vergleich zeigt jedoch, dass zwischen diesen beiden Begriffen keineswegs Identität besteht: Einerseits ist der Arbeitsvertrag ein engerer Begriff, denn er ist trotz seiner selbständigen Natur ein privatrechtlicher Vertrag, während der Begriff des Dienstverhältnisses auch öffentlichrechtliche Vertragsverhältnisse umfasst¹⁸⁴. Ausserdem wird der Abhängigkeitsbegriff im Recht des Arbeitsvertrages nicht so weit gefasst wie derjenige des Dienstverhältnisses. Andererseits ist aber der Begriff des Arbeitsvertrages zugleich ein weiterer als der Begriff des Dienstverhältnisses und zwar hinsichtlich des Entgeltsbegriffes. So gelten beispielsweise die Verträge der Volontäre oder der Lehrlinge, deren Lohn ganz oder zum Teil in der Unterweisung und Ausbildung durch den Arbeitgeber besteht, als Arbeitsverträge¹⁸⁵, während ein Entgelt in dieser Form nicht als beitragspflichtiger Lohn im Sinne der Lohnersatzordnung aufgefasst werden kann¹⁸⁶.

D. Berücksichtigung der Beurteilung des gleichen Verhältnisses auf andern Rechtsgebieten

1. Grundsätzlich ist die AKL in der Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses und damit in der Abgrenzung des Kreises der unselbständigerwerbenden Personen frei. Sie hat dabei allein von der ratio legis der Lohnersatzordnung auszugehen und ist deshalb keineswegs an Entscheidungen von Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden gebunden, die dasselbe Rechtsverhältnis auf Grund anderer Sozialgesetze zu beurteilen haben, deren Geltungsbereich ebenfalls die Unselbständigerwerbenden umfasst¹⁸⁷. Immerhin vertritt die AKL den Standpunkt, dass gleiche Fragen gleich zu lösen seien und dass sich die AKL nicht ohne zwingende Notwendigkeit von der Praxis anderer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden entferne, wo eine übereinstim-

¹⁸⁴ Vgl. vorn bei N 168.

¹⁸⁵ Kaskel 31; Oser/Schönenberger Art. 318 N 19 und dortige Literaturangaben; Gysin 32.

¹⁸⁶ Vgl. hinten bei N 212.

¹⁸⁷ z. B. an Entscheidungen der SUVA oder des eidgenössischen Versicherungsgerichts auf Grund des KUVG (AKL 229, ZLV 1942, 413; AKL 532, ZLV 1945, 104).

nende Beurteilung als angezeigt erscheine¹⁸⁸. Deshalb kann die Beurteilung des gleichen Rechtsverhältnisses auf andern Rechtsgebieten geradezu als Indiz für die Qualifizierung des betreffenden Rechtsverhältnisses als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung dienen¹⁸⁹.

2. In gewissen Fällen jedoch hat die Praxis der Beurteilung des gleichen Rechtsverhältnisses auf andern Rechtsgebieten besondere Bedeutung beigemessen:

a) Bei der Berufsgruppe der **Handelsreisenden**, Vertreter, Agenten und anderer berufsmässiger Vermittlungspersonen (Mäkler, Kommissionäre usw.) hat die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit von Anfang an stets besondere Schwierigkeiten bereitet, sodass sich das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement veranlasst sah, durch eine besondere Verfügung (alt Vfg. 4, später Vfg. 44) die Voraussetzungen, unter denen ein Angehöriger dieser Berufsgruppe als Unselbständigerwerbender der Lohnersatzordnung oder als Selbständigerwerbender der Verdienstersatzordnung zu unterstellen ist, zu umschreiben und damit die Abgrenzung in der Praxis zu erleichtern.

Nun besteht jedoch seit 1. Januar 1942 für Handelsreisende ein soziales Sondergesetz, das Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juni 1941 (AS 57, 1049). Gemäss Art. 1 II dieses Gesetzes wird für dessen Anwendung das Bestehen eines Dienstvertrages im Sinne von OR 319 ff. vorausgesetzt, womit die Beschränkung des Geltungsbereiches auf die **unselbständigerwerbenden Handelsreisenden** zum Ausdruck kommt. Es wäre deshalb nahegelegen, seit Inkrafttreten dieses Gesetzes die Unter-

¹⁸⁸ **AKL 532**, ZLV 1945, 104.

¹⁸⁹ Dies vor allem dann, wenn ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des KUVG vorliegt (**AKL 360**, ZLV 1943, 443). Deshalb empfiehlt das BIGA den Ausgleichskassen, sich in den besonders zweifelhaften Fällen der **Akkordanten** nach deren Behandlungsweise gemäss KUVG zu informieren (Ausk. 117, ZLV 1945, 78).

Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass die Behandlung eines Erwerbstätigen als Unternehmer (Selbständigerwerbender) i. S. des KUVG die Möglichkeit seiner Arbeitnehmereigenschaft i. S. der LEO ausschliesse (**AKL 229**, ZLV 1942, 413).

stellung der Handelsreisenden unter die Lohnersatzordnung davon abhängig zu machen, ob das Handelsreisendengesetz im Einzelfalle Anwendung finde. Anlässlich der Revision der Vfg. 4 war denn auch diese Lösung auf Vorschlag des Verbandes reisender Kaufleute in den Revisionsentwürfen des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 15. und 24. Juni 1943 projektiert. Die Folge einer solchen Vorschrift wäre aber gewesen, dass in der Praxis in jedem Unterstellungsfall eines Handelsreisenden die Anwendung des Handelsreisendengesetzes hätte geprüft werden müssen und zwar nicht nur, ob es im Einzelfall tatsächlich angewendet worden wäre, sondern ob es hätte Anwendung finden müssen. Da aber, wie schon einleitend erwähnt, das Handelsreisendengesetz nur dort Anwendung findet, wo zwischen dem Handelsreisenden und der Firma ein Dienstvertrag nach OR 319 ff. abgeschlossen wurde, so wäre für die Unterstellung der Handelsreisenden unter die Lohnersatzordnung der Dienstvertrag entscheidend gewesen, während in allen übrigen Fällen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung massgebend gewesen wäre. Das ging natürlich nicht an¹⁹⁰.

Aber auch aus einem andern Grunde konnte nicht auf die Anwendung des Handelsreisendengesetzes abgestellt werden. Gemäss Art. 1 III dieses Gesetzes findet es nämlich nur Anwendung auf Fälle, in denen sich der Reisende vorwiegend der Reisetätigkeit widmet. Für die Unterstellung unter die Lohnersatzordnung ist es jedoch unerheblich, ob eine Tätigkeit im Haupt- oder Nebenberuf ausgeübt wird, wie bereits früher ausgeführt wurde¹⁹¹.

Gemäss Art. 2 der neuen Vfg. 44 ist denn auch für die Unterstellung der Handelsreisenden unter die Lohnersatzordnung nicht entscheidend, ob das Handelsreisendengesetz Anwendung findet oder nicht. Sicherlich ist überall da, wo dieses Gesetz zur Anwendung kommt, ein Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung anzunehmen¹⁹². Doch ist dies ohne Bedeutung, weil die zitierte Norm der Verfügung die gesetzliche Vermutung aufstellt, dass alle Handelsreisenden in einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung stehen, sofern sie nicht beweisen, dass sie selbständigerwerbend und damit der

¹⁹⁰ Vgl. dazu die Abh. ZLV 1944, 227 ff.; KS 51 des BIGA vom 4.5.44, Ziff. 2.

¹⁹¹ Bei N 124. Vgl. auch bei N 131.

¹⁹² Abh. ZLV 1941, 301.

Verdienstersatzordnung zu unterstellen sind¹⁹³. Dieser Nachweis dürfte aber in den Fällen ausgeschlossen sein, in denen ein Handelsreisender vertraglich oder durch gerichtliches Urteil dem Handelsreisendengesetz unterstellt ist¹⁹⁴. Insofern ist die Tatsache der Unterstellung unter das Handelsreisendengesetz für die Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung von Bedeutung.

b) Im weitern ist auch bei den Heimarbeitern die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit oft nicht leicht. Auf den Sprachgebrauch kann deshalb nicht abgestellt werden, weil auch selbständige Kleingewerbetreibende vielfach als Heimarbeiter bezeichnet werden¹⁹⁵.

Als am 1. Januar 1942 ein Sozialgesetz für Heimarbeiter, nämlich das Bundesgesetz über die Heimarbeit vom 12. Dezember 1941 (AS 57, 1461) in Kraft trat, von dem nur die unselbständigen Heimarbeiter erfasst werden, stellte sich die Frage, ob als Kriterium für die Unterstellung unter die Lohnersatzordnung die Anwendung des Heimarbeitsgesetzes auf das betreffende Arbeitsverhältnis herangezogen werden könnte. Die Praxis hat diese Frage bejaht; denn wenn gemäss Art. 2 lit. a des Heimarbeitsgesetzes als Heimarbeiter gilt „wer in seiner Wohnung oder einem andern selbstgewählten Arbeitsraum allein oder mit Hilfe von Familienangehörigen oder fremden Hilfskräften im Lohn für einen Arbeitgeber Arbeiten ausführt“, so weist diese Begriffsumschreibung im wesentlichen die Bestandteile des Begriffs des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung auf. Deshalb hat das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit in seinem Kreisschreiben Nr. 14 vom 28. Mai 1942 die Ausgleichskassen angewiesen, die Unterstellung der Heimarbeiter unter die Lohnersatzordnung von der Anwendung des Heimarbeitsgesetzes auf den betreffenden Einzelfall abhängig zu machen. Als Heimarbeiter im Sinne von LEO 1 II¹⁹⁶ gelten somit nach Auffassung des erwähnten Bundesamtes alle dem Heimarbeitsgesetz unterstellten Heimarbeiter. Mit diesem Vorgehen wird ausserdem die Erfassung der Heim-

¹⁹³ Vfg. 44 Art. 2. Vgl. dazu hinten nach N 337.

¹⁹⁴ ZLV 1944, 231.

¹⁹⁵ z. B. die Schnitzerei-Heimarbeiter des Berner Oberlandes (Joss, „Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft“ 1940, 30).

¹⁹⁶ 20.12.39 (AS 55, 1505).

arbeiter durch die Lohnersatzordnung wesentlich erleichtert, da gemäss Art. 15 des Heimarbeitsgesetzes alle Arbeitgeber und Fergger sich in ein Register eintragen zu lassen und über die von ihnen beschäftigten Heimarbeiter ein Verzeichnis zu führen haben.

Die AKL hat sich dieser Ansicht des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit angeschlossen und ausgesprochen, dass der Begriff des Heimarbeiters im Sinne von LEO 1 II nach dem Heimarbeitsgesetz ausgelegt werden könne¹⁹⁷. Wo deshalb die das Heimarbeitsgesetz anwendenden Rekursinstanzen ein Rechtsverhältnis als Heimarbeitsverhältnis im Sinne des Heimarbeitsgesetzes qualifizieren, besteht nach der Praxis der AKL auch ein Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung. Eine solche Beurteilung auf Grund des Heimarbeitsgesetzes befreit allerdings die AKL nicht von der Pflicht, trotzdem im Einzelfalle zu prüfen, ob die Begriffsmerkmale des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung gegeben sind. Davon wäre die AKL nur dann entbunden, wenn im Gesetz (LEO oder ALEO) statuiert wäre, dass die Unterstellung der Heimarbeiter unter die Lohnersatzordnung von der Anwendung des Heimarbeitsgesetzes auf den Einzelfall abhängig sei.

¹⁹⁷ AKL 273, Erw. 1, ZLV 1943, 198; AKL 361, ZLV 1943, 446.

§ 4. Die Bestandteile der Begriffsbestimmung

I. Arbeit

Der Begriff des Dienstverhältnisses setzt eine Tätigkeit voraus, denn nur das Arbeitseinkommen unterliegt der Beitragspflicht, nicht aber ein Einkommen, das zwar im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis steht, jedoch nicht als Äquivalent für eine Arbeitsleistung gelten kann, wie die Ersatzeinkommen jeglicher Art (Lohnausfallentschädigungen¹⁹⁸, Bezüge aus Arbeitslosen-, Kranken- oder Unfallversicherung¹⁹⁹, Ruhegehälter, Alters- oder Invalidenrenten²⁰⁰ usw.), Entgelt für Kapitalbeteiligung²⁰¹ oder familienrechtliche und andere Fürsorgeleistungen²⁰². Das ergibt sich aus der ratio der Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung, wie sie schon früher erörtert wurde²⁰³.

Im einzelnen ist über die Arbeit als Begriffsbestandteil des Dienstverhältnisses folgendes zu sagen:

¹⁹⁸ Ausdrücklich befreit gemäss LEO 6 II Satz 1 (26.3.45; AS 61, 160).

¹⁹⁹ Ausk. 10, ZLV 1941, 55.

²⁰⁰ Ausk. 33, ZLV 1941, 156; Ausk. 96, ZLV 1943, 306.

²⁰¹ KS des BIGA vom 26.9.40 (aufgeh.), Abs. 4; KS 69 des BIGA vom 30.11.44; **AKL 53**, ZLV 1941, 86; **AKL 677**, ZLV 1946, 363.

Darin kann jedoch u. U. eine versteckte Arbeitsentschädigung liegen, nämlich dann, wenn ein Arbeit Leistender als Gesellschafter mit einer Kapitaleinlage am Geschäft des Arbeitgebers beteiligt ist und dafür Anteil am Geschäftsgewinn bezieht. Nach der Praxis ist in diesem Gewinnanteil zum mindesten teilweise ein Entgelt für die geleistete Tätigkeit des Gesellschafters zu erblicken, es sei denn, er beziehe dafür ein spezielles Honorar (**AKL 466**, ZLV 1944, 291; **AKL 505**, ZLV 1944, 454; **AKV 549**, Erw. 1, ZLV 1946, 114); vgl. hinten II B 3. Ueber die Abgrenzung zwischen Entgelt für Kapitalbeteiligung und Arbeitsentschädigung vgl. KS 69 des BIGA vom 30.11.44; **AKL 582**, ZLV 1945, 324; **AKV 549**, Erw. 2, ZLV 1946, 114; **AKL 749**, ZAK 1947, 492.

²⁰² **AKV 230**, ZLV 1943, 132; **AKV 383**, ZLV 1944, 212. Vgl. zur Abgrenzung der beiden Begriffe „Arbeitsentgelt“ und „Unterstützungsleistungen“: **AKL 713**, ZAK 1947, 60; **AKL 721**, ZAK 1947, 109.

²⁰³ Bei N 65.

1. Was als Arbeit zu gelten hat, braucht wohl nicht definiert zu werden. Wenn das Arbeitsrecht unter Arbeit jedes Verhalten des Menschen versteht, das wirtschaftlich als Arbeit zu werten ist²⁰⁴, so mag das auch hier gelten. Jedenfalls bildet diese Frage im Einzelfall kein Problem. Selbstverständlich gilt als Arbeit körperliche wie geistige Tätigkeit. Unerheblich ist auch, ob sie in einem positiven Tun besteht oder sich in einem passiven Verhalten oder in blosser Arbeitsbereitschaft äussert.

2. Nicht erforderlich ist für die Beitragspflicht, dass tatsächlich Arbeit geleistet wird; wesentlich ist vielmehr, dass eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung besteht und ein Entgelt dafür bezahlt wird. Deshalb gilt auch der während Krankheit, Ferien, Feiertagen usw. ausbezahlte Lohn als Arbeitsentgelt²⁰⁵.

Umgekehrt erhebt sich die nicht ohne weiteres zu beantwortende Frage, ob auch eine bloss faktisch ausgeübte Tätigkeit gegen Entgelt, ohne dass dazu eine rechtliche Verpflichtung bestünde, Inhalt eines Dienstverhältnisses sein kann. Die AKL hat diese Frage in einem Falle zu Unrecht verneint, in welchem zwei Personen aus Gefälligkeit für eine Firma Versuche durchführten, wofür sie nachträglich honoriert wurden²⁰⁶. Rechtlich mag man diese aus Gefälligkeit geleistete Tätigkeit ohne Verpflichtung dazu einerseits und ein allfällig ausbezahltes Entgelt andererseits als gegenseitige Geschenke betrachten, wirtschaftlich dagegen ist der Zusammenhang des Entgelts mit der Arbeitsleistung unverkennbar, und das allein ist entscheidend.

²⁰⁴ Hueck/Nipperdey I 33. Vgl. über die Arbeit als Vertragsgegenstand: Molitor 5 ff.

²⁰⁵ LEO 6 I Satz 1 (26.3.45, AS 61, 160):

„Die Beitragspflicht der Arbeitgeber und Arbeitnehmer von je 2% bezieht sich sowohl auf die Gehälter und Löhne, die durch Leistungen aus Dienstvertrag verdient worden sind, als auch auf solche, die ohne Gegenleistung zufolge einer Verpflichtung oder freiwillig ausbezahlt wurden.“ Nach ausdrücklicher Vorschrift sind jedoch der Beitragspflicht nicht unterworfen: der dem Arbeitnehmer während der Zeit seines Militärdienstes ausbezahlte Lohn (LEO 6 II Satz 1 in der Fassung vom 26.3.45, AS 61, 160) und Lohnzahlungen bei Krankheit und Unfall von einem bestimmten Zeitpunkt an (Vfg. Nr. 11 des BIGA zur LEO vom 12.9.45, Art. 1 b).

²⁰⁶ AKL 463, ZLV 1944, 287. Massgebend für die Ablehnung eines Dienstverhältnisses war allerdings auch noch das Fehlen einer Abhängigkeit.

3. Unerheblich ist schliesslich auch das innere Motiv der Arbeitsleistung. Ob für den Arbeit Leistenden die reine Erwerbsabsicht oder beispielsweise gemeinnützige Motive für die Ausübung der Tätigkeit bestimmend sind, ist für die Annahme eines Dienstverhältnisses ohne Bedeutung²⁰⁷. Auch auf Arbeitgeberseite muss sowohl das Motiv²⁰⁸ wie der mit der Erteilung der Arbeit erstrebte Zweck rechtlich unbeachtet bleiben. Ein Dienstverhältnis kann also nicht bloss dann bejaht werden, wenn der Arbeitgeber aus der Tätigkeit des Arbeitnehmers einen Gewinn erstrebt, sondern auch, wenn er die Arbeit lediglich zur Unterstützung des Arbeitnehmers ohne Gewinnabsicht erteilt²⁰⁹, oder wenn mit dem ganzen Unternehmen gemeinnützige Zwecke verfolgt werden sollen²¹⁰.

II. Entgelt

A. Es entspricht dem Grundgedanken der Beitragspflicht in der Lohnersatzordnung, dass damit nur Personen belastet werden, die aus ihrer Betätigung für einen Dritten einen materiellen Gewinn für sich ziehen. Deshalb ist für den Begriff des Dienstverhältnisses unerlässlich, dass die Tätigkeit irgendwie entschädigt wird. Ausserdem bildet ja das Entgelt die Bemessungsgrundlage für die Beiträge, sodass die Erhebung der Beiträge an der Quelle überhaupt rein technisch nur dann möglich ist, wenn eine Gegenleistung tatsächlich erfolgt²¹¹. Deshalb sind beispielsweise ohne Bar- oder Naturallohn tätige Volontäre nicht beitragspflichtig, obschon die übrigen Voraussetzungen des Begriffs des Dienstverhältnisses erfüllt sind; denn die berufliche Ausbildung dieser Personen als Gegenleistung des Arbeitgebers kann nicht als Entgelt im Sinne der Lohnersatzordnung betrachtet werden, da es sich um ein ziffernmässig nicht feststellbares

²⁰⁷ z. B. bei Diakonissinnen, vgl. Zitate N 433.

²⁰⁸ **AKL 3**, ZLV 1941, 321; **AKL 8**, ZLV 1941, 323; **AKL 50**, ZLV 1941, 85; **AKL 99**, Erw. 2, ZLV 1941, 256.

²⁰⁹ **AKL 1**, ZLV 1941, 320; **AKL 396**, ZLV 1944, 60; **AKL 589**, ZLV 1945, 412; **AKL 655**, ZLV 1946, 229; **AKL 721**, ZAK 1947, 109.

²¹⁰ **AKL 83**, ZLV 1941, 192; **AKL 86**, ZLV 1941, 193; **AKL 150**, Erw. 1, ZLV 1942, 108; **AKL 721**, ZAK 1947, 109.

²¹¹ **AKL 121**, Erw. 1, ZLV 1941, 313; **AKL 234**, ZLV 1942, 416.

„ideelles“ Entgelt handelt²¹². Ebenso wenig besteht die Beitragspflicht, wenn jemand z. B. aus blosser Uneigennützigkeit ohne Lohn für einen Dritten tätig ist, sei es dass zum vorneherein ein Entgelt nicht vereinbart wurde, oder sei es dass der Arbeit Leistende nachträglich auf ein Entgelt verzichtet. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber zum Zwecke der Berechnung der Geschäftskosten diesen fiktiven Lohn verbucht, entscheidend ist allein, dass eine Entgeltszahlung tatsächlich gar nicht erfolgt²¹³. Sofern dagegen ein Verzicht auf das Entgelt überhaupt nicht vorliegt, sondern der Lohn vom Arbeitnehmer lediglich gestundet oder als Darlehen oder Geschäftseinlage im Geschäft des Arbeitgebers stehen gelassen wird, besteht selbstverständlich die Beitragspflicht²¹⁴.

B. Im einzelnen gilt über die Voraussetzung eines Lohnbezuges für den Begriff des Dienstverhältnisses folgendes:

1. Grundsätzlich unerheblich ist die Höhe des Entgelts. Die Entschädigung braucht somit keinen Mindestumfang aufzuweisen, um als beitragspflichtiges Entgelt zu gelten; auch die kleinsten Arbeitslöhne werden erfasst²¹⁵. Diese Lösung in der Lohnersatzordnung, die auf eine Begrenzung des beitragspflichtigen Lohnes nach unten verzichtet, ist nicht unangefochten geblieben. Bereits während der gesetzgeberischen Vorarbeiten wurde von gewerkschaftlicher Seite postuliert, ein gewisses Minimaleinkommen beitragsfrei zu lassen²¹⁶. Diesem Begehren wollte zwar ein Vorentwurf des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements zu einer Ausführungsverordnung in der Weise Rechnung tragen, dass er einen Lohn von Fr. 20.— und darunter bei Ledigen, bzw. von Fr. 60.— und darunter bei Verheirateten als beitragsfreies Entgelt be-

²¹² Anders beim Arbeitsvertrag, vgl. vorn bei N 185.

²¹³ **AKL 387**, Erw. 1, ZLV 1944, 22; **AKV 546**, Erw. 3, ZLV 1946, 110.

²¹⁴ **AKL 263**, ZLV 1943, 120; **AKL i. Sa. L. GmbH** vom 3.1.44; **AKL 519**, Erw. 1, ZLV 1945, 41.

²¹⁵ **AKL 200**, Erw. 2, ZLV 1942, 318, **AKL 396**, ZLV 1944, 60; **AKL 589**, ZLV 1945, 412; **AKL 655**, ZLV 1946, 229/30; **AKL 713**, Erw. 2, ZAK 1947, 60; **AKL 747**, Erw. 1, ZAK 1947, 489. — Vereinzelt kann jedoch das Entgelt so gering sein, dass nicht mehr von Lohn gesprochen werden kann, so bei Trinkgeldern an Schulkinder für Botengänge (**AKL 383**, Erw. 3, ZLV 1944, 17) oder an Lehrlinge (**AKL 76**, ZLV 1941, 187).

²¹⁶ „Gewerkschaftliche Rundschau“ 1939, 400; 1940, 181.

zeichnete. Eine definitive Aufnahme dieser Bestimmung in die ALEO erfolgte jedoch nicht. Denn ganz abgesehen davon, dass eine solche Massnahme mit dem Solidaritätsprinzip unvereinbar gewesen wäre, hätte die Gefahr bestanden, dass damit der Bezahlung von schlechten Löhnen Vorschub geleistet worden wäre, da ja auch die Arbeitgeberbeiträge auf diesen Minimallöhnen weggefallen wären. Trotzdem sind seit Inkrafttreten der Lohnersatzordnung die Stimmen, die ein beitragsfreies Minimum fordern, nicht verstummt ²¹⁷.

2. Unerheblich ist ferner die Form der Entgeltsleistung, d. h. ob sie in Bargeld, Wertpapieren oder Naturalgaben ²¹⁸ oder in einer blossen Erwerbsgelegenheit, wie beim Trinkgeld des Gastwirtschaftspersonals ²¹⁹ oder bei den Sporteln von Beamten ²²⁰ besteht. Das Entgelt kann auch in Arbeitsleistungen bestehen, wenn Personen, wie dies in landwirtschaftlichen Verhältnissen vielfach üblich ist, einander gegenseitig bei der Arbeit aushelfen. Selbstverständlich kann nicht jede kleine Gefälligkeitsleistung unter Verwandten und Freunden darunter fallen, es muss sich vielmehr um eine wesentliche gegenseitige Aushilfe handeln, die mit Rücksicht auf die Stellung der beteiligten Personen zueinander und auf den Umfang der Leistungen weder von der einen noch von der andern Seite als freundschaftliche Aushilfe im Sinne von Gratisleistungen erwartet werden kann. ²²¹

3. Ohne Bedeutung ist auch die Art der Lohnbemessung, ob nach Massgabe der aufgewendeten Zeit (Zeitlohn), der Arbeitsleistung

²¹⁷ StenBull NR 1942, 48 (Dellberg); „Heimarbeiterinnenlöhne und Lohnausgleichskasse“, NZZ Nr. 155 vom 27. Januar 1943; vgl. ferner die Zitate bei Attinger 72 N 331.

²¹⁸ ALEO 8 II Satz 1 (4.1.40; AS 56, 13); VW 9 I (24.3.45; AS 61, 198). Neben den häufigsten Fällen von Naturallohn, wie Verpflegung oder Wohngelegenheit, kommen die verschiedenartigsten Formen in Betracht: Lebensmittel, Brennmaterial, im Betrieb erzeugte oder verwendete Produkte, Abfälle aus dem Betrieb usw. Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Befreiungsfälle gemäss Art. 1 lit. f der Vfg. Nr. 11 des BIGA zur Lohnersatzordnung vom 12. Sept. 1945.

²¹⁹ ALEO 8 I Satz 1 (4.1.40; AS 56, 13; vgl. Wortlaut N 224); VW 14 II Satz 2 (30.12.40; AS 56, 2060).

²²⁰ AKL 4, ZLV 1941, 322; AKL 58, ZLV 1941, 117; AKL 313, ZLV 1943, 317; AKL 653, ZLV 1946, 223.

²²¹ AKL 722, Erw. 1, ZLV 1947, 111.

(Akkord-²²² oder Stücklohn²²³, Provision²²⁴), des Geschäftsganges (Anteil am Geschäftsergebnis = Gewinnbeteiligung = Tantieme)²²⁵ oder sogar eines mehr oder weniger zufälligen Erfolges (Prämien)²²⁶.

4. Im weitem erhebt sich — analog den bei der Arbeitsleistung (vorn I 2) aufgeworfenen Problemen — die Frage, ob nur eine Entgeltszahlung beitragspflichtig ist, zu der sich der Arbeitgeber verpflichtet hat, nicht aber eine freiwillig ausbezahlte Arbeitsentschädigung. Diese Frage wird durch das Gesetz selbst in LEO 6 I Satz 1²²⁷ beantwortet, wo bestimmt wird, dass auch die ohne Gegenleistung zufolge einer Verpflichtung oder freiwillig ausbezahlten Löhne der Beitragspflicht unterworfen seien. Selbstverständlich will diese Vorschrift nicht besagen, dass solche Entgeltsleistungen nur

²²² **AKL 5**, ZLV 1941, 322; **AKL 179**, Erw. 2, ZLV 1942, 218.

²²³ **AKL 101**, Erw. 1, ZLV 1941, 257; **AKL 282**, ZLV 1943, 232; **AKL 744**, ZAK 1947, 484.

²²⁴ ALEO 8 I Satz 1 (4.1.40; AS 56, 13):

„Für die Festsetzung des für die Beitragspflicht massgebenden Lohnes kommen grundsätzlich alle Einnahmen in Betracht, die ordentlicherweise als Folge des Anstellungsverhältnisses erwartet werden, wie die Provision beim Handelsreisenden und die Trinkgelder beim Hotel- und Gastwirtschaftspersonal.“

Das gilt für die Provisionen im allgemeinen, nicht etwa bloss für Provisionen der Handelsreisenden speziell, denn deren Erwähnung im Gesetz ist lediglich eine exemplifikative. Vgl. dazu Vfg. Nr. 12 des BIGA zur Lohnersatzordnung vom 14. Sept. 1945 Art. 5 I Satz 2; Ausk. 38, ZLV 1941, 157; Ausk. 95, ZLV 1943, 306; **AKL 34**, ZLV 1941, 328; **AKL 81**, Erw. 3, ZLV 1941, 191; **AKL i. Sa. L. C.** vom 26.6.43; **AKL 497**, ZLV 1944, 405; **AKL 665**, Erw. 1, ZLV 1946, 284.

²²⁵ **AKL 53**, ZLV 1941, 86; **AKL 401**, ZLV 1944, 63; **AKL 466**, ZLV 1944, 291; Ausk. 63, ZAK 1946, 594.

Die Tantiemen von Mitgliedern des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften und Genossenschaften werden im Gesetz ausdrücklich als Lohn qualifiziert (VW 14 II Satz 1 [30.12.40; AS 56, 2060]; vgl. Wortlaut vorn bei N 146).

Dagegen liegt bei Personengesellschaften im Anteil am Geschäftsgewinn vielfach ein für die Beitragspflicht nicht in Betracht fallendes Entgelt für Kapitalbeteiligung. Vgl. vorn N 201 und dortigen Kontext.

²²⁶ z. B. Spielprämien für Mitglieder eines Fussballclubs (**AKL 725**, ZAK 1947, 117).

²²⁷ 26.3.45, AS 61, 160.

bei fehlender Arbeitsleistung („ohne Gegenleistung“), nicht aber bei tatsächlich geleisteter Arbeit beitragspflichtig seien; das wäre unsinnig. Der Gesetzgeber hat eben speziell die Fälle treffen wollen, in denen z. B. wegen Krankheit die Arbeit unterbrochen wird²²⁸, aber trotzdem (freiwillig oder auf Grund einer Verpflichtung) ein Entgelt ausgerichtet wird. Der Sinn der Bestimmung ist deshalb folgender: Ein Arbeitsentgelt ist grundsätzlich immer der Beitragspflicht unterworfen ohne Rücksicht darauf, ob es zufolge einer (vertraglichen oder gesetzlichen) Verpflichtung oder freiwillig ausbezahlt wird, und zwar selbst dann, wenn eine Gegenleistung in Form von Arbeit zeitweise überhaupt nicht vorliegt²²⁹.

5. Für die Entgeltszahlung ist es endlich gleichgültig, ob diese Leistung unmittelbar vom Arbeitgeber selbst oder ganz bzw. teilweise durch einen Dritten erbracht wird²³⁰. Dadurch wird dieser Dritte jedoch nicht etwa Arbeitgeber im Sinne der Lohnersatzordnung, der für den Arbeitgeberbeitrag aufzukommen hat. Umgekehrt ist es irrelevant, ob das Entgelt an den Arbeitnehmer selbst oder einem Dritten ausbezahlt wird²³¹.

In solchen Fällen erhebt sich vielfach die nicht leicht zu entscheidende Frage, wer im Einzelfall als Arbeitgeber die Arbeitgeberbei-

²²⁸ Vgl. vorn bei N 205.

²²⁹ Vgl. dazu **AKL 725**, ZAK 1947, 117. -- Bestimmte Zuwendungen der Arbeitgeber an Arbeitnehmer sind jedoch ausdrücklich von der Beitragspflicht befreit; vgl. vorn N 205.

²³⁰ Man denke an die Fälle eines Entgelts durch Verschaffung einer Verdienstgelegenheit, z. B. an die von Dritten zu leistenden Gebühren an Betriebsbeamte, die diese als Entschädigung für sich behalten können (vgl. Zitate vorn N 220), oder an die von den Gästen an das Servierpersonal verabfolgten Trinkgelder (vgl. Zitat vorn N 219), oder an die Fälle, in denen die von einem Gastwirt engagierte Musikkapelle durch Verkauf von Eintrittskarten von den Gästen und nicht vom Wirt selbst als Arbeitgeber entschädigt wird (**AKL 533**, ZLV 1945, 106). Weitere Fälle aus der Praxis. **AKL i. Sa. M.** vom 11.3.42; **AKL 580**, ZLV 1945, 322; **AKL 693**, Erw. 2, ZAK 1946, 511.

²³¹ z. B. an die Eltern eines minderjährigen Kindes (**AKL 396**, ZLV 1944, 60), oder an das Mutterhaus von Schwestern, das dieselben einer Anstalt zur Verfügung stellt und für ihre Tätigkeit eine Entschädigung bezieht (**AKL 12**, ZLV 1941, 324; **AKL 297**, Erw. 1, ZLV 1943, 269). Vgl. auch **AKL 493**, Erw. 1, ZLV 1944, 401; **AKL 713**, ZAK 1947, 60.

träge bzw. als Arbeitnehmer die Arbeitnehmerbeiträge zu leisten hat²³². Darauf soll jedoch nicht eingetreten werden.

III. Abhängigkeit

A. Allgemeines

Wenn das Sozialrecht in erster Linie ein Sonderrecht der Unselbständigerwerbenden, d. h. der wirtschaftlich besonders schutzbedürftiger Kategorie von Erwerbstätigen darstellt²³³, so erhebt sich unmittelbar die Frage, worauf denn diese besondere Schutzbedürftigkeit zurückzuführen ist. Dabei ist, wie schon weiter vorn ausgeführt wurde²³⁴, in Betracht zu ziehen, dass im konkreten Einzelfall eine Schutzbedürftigkeit tatsächlich gar nicht zu bestehen braucht, damit das Sozialrecht zur Anwendung kommt, sondern dass allein schon die Möglichkeit einer solchen genügt. Das Problem bezieht sich somit auf die Frage, wann im allgemeinen für eine bestimmte Kategorie von Erwerbstätigen die Möglichkeit einer besonderen wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit besteht.

1. Nach der Arbeitsrechtswissenschaft ist die besondere Schutzbedürftigkeit eines Arbeitleistenden auf seine Abhängigkeit vom Arbeitgeber, seine Unterordnung unter dessen Willen zurückzuführen²³⁵. Damit wird der Begriff der Abhängigkeit zum entscheidenden Kriterium für die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit gestempelt. Das gilt auch in der Lohnersatzordnung²³⁶.

²³² Vgl. dazu **AKL 169**, ZLV 1942, 179; **AKL 497**, ZLV 1944, 405; **AKL 508**, ZLV 1944, 456; **AKL 565**, ZLV 1945, 267; **AKL 736**, Erw. 1, ZAK 1947, 342; ferner die in N 231 zit. Entscheidungen.

²³³ Vorn bei N 120.

²³⁴ Bei N 122.

²³⁵ Lautner 202; Hueck/Nipperdey I 25; Gysin 18.

²³⁶ „... Das grundlegende Abgrenzungskriterium liegt in der Erwerbstätigkeit in unselbständiger Stellung, d. h. in der zwischen den Parteien bestehenden Abhängigkeit. ...“ (**AKL 226**, ZLV 1942, 411; **AKL 442**, ZLV 1944, 198; **AKL 647**, ZLV 1946, 180).

Mit dieser Feststellung ist allerdings für die Abgrenzung noch nichts gewonnen, vielmehr erhebt sich nun das entscheidende Problem, worin überhaupt eine Abhängigkeit besteht, d. h. wann von einer Abhängigkeit gesprochen werden kann, die einen Erwerbstätigen als besonders schutzbedürftig erscheinen lässt. Dafür vermochte die Arbeitsrechtswissenschaft kein allgemein gültiges Kriterium aufzustellen, sodass eine scharfe Trennung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht gelang und auch nie gelingen dürfte²³⁷. Die herrschende Lehre leitet die Abhängigkeit (Unterordnung) vielmehr aus verschiedenen Umständen ab: Aus der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur persönlichen Arbeitsleistung (persönliche Abhängigkeit)²³⁸, aus seiner Gehorsamspflicht gegenüber den kraft der Leitungsbefugnis gegebenen Anweisungen des Arbeitgebers²³⁹, aus der organisatorischen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers (organisatorische Abhängigkeit)²⁴⁰, oder endlich daraus, dass die Mehrzahl der Erwerbstätigen darauf angewiesen ist, ihre Arbeitskraft in den Dienst eines andern zu stellen (wirtschaftliche Abhängigkeit)²⁴¹. Von wirtschaftlicher Abhängigkeit spricht man auch bei den Heimarbeitern, welche persönlich und rechtlich zwar als unabhängig, hinsichtlich des Absatzes ihrer Arbeitsprodukte jedoch faktisch als an einen oder einzelne Abnehmer gebunden betrachtet werden.²⁴²

2. Bei der Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung ist es auch der AKL nicht gelungen, ein allgemein gültiges Kriterium zu finden, das stets und auf jeden Fall eine klare Entscheidung darüber treffen liesse, ob ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt oder nicht. Sie hat von Anfang an festgestellt, dass sich die Abhängigkeit stets nur aus der Gesamtheit der zwischen den Parteien herrschenden tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen ergebe,

²³⁷ Hueck/Nipperdey I 3, 37.

²³⁸ Hueck/Nipperdey I 25.

²³⁹ Lautner 202 ff.; Hueck/Nipperdey I 36, 105; Kaskel 30, 74; Molitor 82 ff.; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319–362 N 9 und 13; Schweingruber 41.

²⁴⁰ Hueck/Nipperdey I 36; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319–362 N 9.

²⁴¹ Hueck/Nipperdey I 25/26; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319–362 N 13; Schweingruber 41.

²⁴² Hueck/Nipperdey I 46/47; Kaskel 35.

d. h. dass nur die Würdigung aller Umstände gewisse Schlüsse auf abhängige oder selbständige Erwerbstätigkeit ziehen lasse²⁴³.

Aus der reichhaltigen Praxis der AKL lassen sich jedoch bestimmte Indizien ableiten, die nach Auffassung der AKL besonders geeignet sind, eine Abhängigkeit zu begründen. Dabei muss allerdings zum vorneherein festgehalten werden, dass es sich eben bloss um Indizien, d. h. gewisse Anhaltspunkte handelt, die einzeln für sich allein angewandt nur relativ gelten können und einzig im Zusammenhang mit andern Merkmalen entscheidend für oder gegen ein Abhängigkeitsverhältnis sprechen. Ein Indiz, das im einen Falle für die Annahme einer Abhängigkeit von ausschlaggebender Bedeutung ist, vermag deshalb vielleicht in einem andern Falle kein genügendes Gewicht aufzuweisen. Immerhin lassen sich auch Anhaltspunkte finden, die sozusagen absolute Geltung beanspruchen können und damit ein brauchbares Abgrenzungskriterium in gleichgearteten Fällen bilden.

Nachstehend wird unter B und C der Versuch unternommen, an Hand der Entscheidungen der AKL solche Indizien in systematischer Weise einer Erörterung zu unterziehen, wobei dieser Darstellung jedoch nicht der Charakter einer erschöpfenden Aufzählung zukommen kann. Das dürfte denn auch angesichts der mannigfaltigen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse gar nicht möglich sein. Die nun folgende Darstellung kann deshalb nur ein Beitrag zu diesem Problem bilden, der sich darauf beschränkt einen Ueberblick zu geben, auf welche Weise vom Standpunkt der Lohnersatzordnung aus versucht wird, die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit vorzunehmen. —

Unter den für die Feststellung eines Abhängigkeitsverhältnisses massgebenden Indizien können zwei Gruppen unterschieden werden. In der Mehrzahl der Fälle wird in der Praxis festgestellt, ob das zu beurteilende Arbeitsverhältnis gewisse Anhaltspunkte aufweist, welche direkt für Abhängigkeit sprechen (nachstehend als positive Indizien bezeichnet). Vielfach ist jedoch ein solches Vorgehen nicht möglich oder führt zu keinem Ziel. In diesen Fällen muss der umgekehrte Weg eingeschlagen werden, d. h. das Arbeitsverhältnis wird daraufhin geprüft, ob gewisse Indizien fehlen, welche für Selbst-

²⁴³ AKL 429, ZLV 1944, 142; AKL 577, ZLV 1945, 321; vgl. auch AKL 204, ZLV 1942, 321; AKL 360, Erw. 1, ZLV 1943, 445.

ständigkeit des Erwerbstätigen sprechen, und ob aus diesem Grunde auf ein Abhängigkeitsverhältnis geschlossen werden könne (nachstehend negative Indizien genannt).

B. Positive Indizien einer Abhängigkeit

1. Abhängigkeit im einzelnen Arbeitsverhältnis

a) Die AKL hat stets entscheidendes Gewicht darauf gelegt, dass die für die Arbeitnehmereigenschaft geforderte Abhängigkeit insbesondere dann anzunehmen sei, wenn der Arbeit Leistende hinsichtlich seiner Tätigkeit an Weisungen, Befehle oder Instruktionen des Arbeitgebers gebunden ist²⁴⁴. Nicht erforderlich ist, dass im konkreten Fall tatsächlich Weisungen erteilt werden, sondern es muss genügen, dass der Arbeitgeber dazu befugt und der Arbeitnehmer gegebenenfalls an sie gebunden wäre, sofern die besondere Art einer Tätigkeit die Erteilung von Weisungen nicht überhaupt überflüssig macht.

Worauf sich die Weisungen zu beziehen haben, um das geforderte Abhängigkeitsverhältnis zu begründen, ob auf den Inhalt oder Umfang der zu leistenden Tätigkeit oder auf die Art und Weise ihrer Ausführung, ist aus den Erwägungen der AKL in den wenigsten Fällen ersichtlich²⁴⁵. Man wird mangels einer Präzisierung daraus schliessen dürfen, dass dies keine Rolle spielt, dass somit ein Subordinationsverhältnis schon dann angenommen werden kann, wenn wenigstens in einer der beiden Richtungen hin ein Weisungsrecht des Arbeitgebers möglich ist und die entsprechende Bindung des Arbeitnehmers an diese Weisungen besteht. Deshalb kann ein Unterordnungsverhältnis auch bei Arbeitnehmern bejaht werden, die dank besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten, insbesondere auf Grund einer wissenschaftlichen Ausbildung hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung

²⁴⁴ AKL 32, ZLV 1941, 9; AKL 60, ZLV 1941, 118; AKL 81, ZLV 1941, 191; AKL 226, ZLV 1942, 411; AKL 241, Erw. 1, ZLV 1943, 27; AKL 350, ZLV 1943, 405; AKL 398, ZLV 1944, 61; AKL 504, ZLV 1944, 153; AKL 647, ZLV 1946, 180.

²⁴⁵ Zum Weisungsrecht kann u.U. auch die Bestimmung der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes gehören (wie beispielsweise beim Strassenverkauf von Zeitungen, vgl. AKL 360, ZLV 1943, 413), doch wird dies in der Regel vertraglich vereinbart werden.

ihrer Tätigkeit nicht auf Weisungen angewiesen sind²⁴⁶, ja wo der Arbeitgeber infolge fachlicher Unterlegenheit oft gar nicht in der Lage ist, darüber Weisungen zu erteilen. Die Instruktionen werden sich in solchen Fällen regelmässig darauf beschränken, die zu erledigenden Arbeiten laufend zu bestimmen. Andererseits kann sich der Inhalt oder Umfang der Tätigkeit von selbst oder aus den Vertragsbestimmungen ergeben, sodass in dieser Beziehung Weisungen überflüssig sind, was aber die Bindung an Anordnungen hinsichtlich der Art und Weise der Ausführung der Arbeit nicht ausschliesst²⁴⁷.

Wo dagegen weder in bezug auf Inhalt oder Umfang der Tätigkeit noch bezüglich der Art und Weise ihrer Ausführung irgendwelche Weisungen erteilt werden, kann eine Abhängigkeit nicht aus dem Kriterium der „Bindung an Weisungen“, sondern nur aus andern Umständen abgeleitet werden²⁴⁸.

Dass dem Indiz „Bindung an Weisungen“ jedoch nur relative Bedeutung zukommen kann, zeigt sich darin, dass auch bei Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Rahmen eines Gewerbebetriebes die Entgegennahme von Weisungen seitens des Auftraggebers nicht ausgeschlossen ist²⁴⁹. Deshalb kommt es vor, dass bei Ausübung ein und derselben Tätigkeit und bei gleichen vertraglichen Vereinbarungen

²⁴⁶ z. B. bei Anstellung eines Juristen auf einem Anwaltsbüro (AKL 215, ZLV 1942, 362).

²⁴⁷ Beispiel: Ein Rebbergsbesitzer beauftragt einen Rebbauperson mit der Besorgung sämtlicher Rebarbeiten (AKL i. Sa. St. vom 24.11.43).

²⁴⁸ So etwa bei einem für die künstlerische Leitung eines Theaters angestellten Direktor (AKL 577, ZLV 1945, 320); bei einem mit der Reorganisation eines landw. Gutsbetriebes beauftragten Verwalter (AKL 401, ZLV 1944, 63); bei einem von einem praktizierenden Arzt engagierten Stellvertreter (AKL 578, ZLV 1945, 322; AKL 723, Erw. 1, ZAK 1947, 112).

²⁴⁹ So gelten z. B. als selbständigerwerbende Gewerbetreibende die Dienst-männer, obschon ihnen die Kunden Weisungen über den Transport der Gegenstände erteilen können; ebenso die Taxihalter, obwohl die Kundschaft z. B. bei einer Stadtrundfahrt Weisungen über den einzuschlagenden Weg etc. geben kann; ferner die Kaminfeger, obschon sie ihre Tätigkeit nach besonderen feuerpolizeilichen Anordnungen und Vorschriften auszuüben haben (AKL 653, ZLV 1946, 225). Weitere Fälle aus der Praxis: Eine selbständige Schuhfirma stellt im Auftrag und nach Weisungen einer andern Firma Schuhe her (AKL 453, ZLV 1944, 246); ein Ingenieur übernimmt für eine Baufirma Aufträge, die er nach bestimmten Anweisungen auszuführen hat (AKL 495, ZLV 1944, 403).

im einen Falle trotz Bindung an Weisungen eine Abhängigkeit zu verneinen und in einem andern Falle gerade infolge der Bindung an Weisungen zu bejahen ist je nachdem, ob die betreffende Tätigkeit im Rahmen eines selbständigen Gewerbebetriebes ausgeübt wird oder nicht²⁵⁰. Hier zeigt sich besonders offenkundig die Problematik einer Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit.

b) Im weitem kann sich eine Abhängigkeit im einzelnen Arbeitsverhältnis aus der Kontrolle, Aufsicht oder Ueberwachung des Arbeit Leistenden durch einen Dritten ergeben. Ein Subordinationsverhältnis nach diesem Gesichtspunkt lässt sich vor allem in den vorstehend genannten Fällen begründen, in denen weder in bezug auf Inhalt oder Umfang der Arbeit noch hinsichtlich der Art und Weise ihrer Ausführung irgendwelche Weisungen erteilt werden, und bei Personen, deren Tätigkeit nach Inhalt und Umfang durch Gesetz oder Statuten bestimmt wird, die jedoch für ihre Tätigkeit nicht sich selbst, sondern einem Dritten verantwortlich und damit einer gewissen Kontrolle und Aufsicht dieses Dritten unterworfen sind. Ihre abhängige Stellung wird selbst dadurch nicht beseitigt, dass sie gegebenenfalls in leitender Stellung tätig sind und selbst Weisungen erteilen.

Diese Grundsätze kommen einmal zur Anwendung bei Personen in höheren öffentlichen Stellungen, in die sie gewählt werden, wodurch sie sich zur Ausführung aller ihnen nach Gesetz obliegenden Geschäfte verpflichten²⁵¹. Als abhängig in diesem Sinne sind demnach beispielsweise die Magistrate und Richter zu betrachten, die insofern einer gewissen Kontrolle durch einen Dritten unterworfen

²⁵⁰ Wenn z. B. ein Landwirt für eine Milchgenossenschaft nach bestimmten Anweisungen regelmässig die Milchfuhren besorgt, so wird in der Praxis ein Unterordnungsverhältnis angenommen (**AKL 226**, ZLV 1942, 411). Sofern er aber neben dem Landwirtschaftsbetrieb eine Fuhrhalterei betreibt und die obige Tätigkeit ausübt, so wird eine Abhängigkeit verneint, da dann die Milchfuhren in den Rahmen des selbständigen Fuhrhaltereibetriebes fallen (**AKL 225**, Erw. 2, ZLV 1942, 410; **AKL 445**, ZLV 1944, 202). Für weitere Fälle aus der Praxis vgl. **AKL 543**, Erw. 1, ZLV 1945, 149; **AKL 646**, ZLV 1946, 179; **AKL 189**, Erw. 2, ZLV 1942, 272.

²⁵¹ Vgl. dazu die gut begründeten und ausführlichen Erwägungen einer Schiedskommission in **AKL 653**, ZLV 1946, 222.

sind, als sie den Parlamenten über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten haben²⁵², ferner die leitenden oder sonst „selbständigen“ Verwaltungsbeamten, die der Aufsicht einer Oberbehörde unterstehen²⁵³, sowie Personen, die sonstwie in Ausübung öffentlicher Funktionen nach gesetzlichen Vorschriften tätig sind und dabei selbständig disponieren, aber für ihre Tätigkeit Rechenschaft abzulegen haben²⁵⁴.

Auf dem Gebiete des Privatrechts rechtfertigt sich die Annahme einer Abhängigkeit unter diesem Gesichtspunkt vor allem bei Personen in Organstellung, wie bei Direktoren oder Geschäftsführern von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit²⁵⁵, die der Ueberwachung durch die Verwaltung unterworfen sind²⁵⁶, bei Mitgliedern des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften²⁵⁷ und Genossenschaften²⁵⁸, die der Generalversammlung gegenüber Rechenschaft abzulegen haben (OR 724), sowie endlich bei Vereins- und Stiftungsorganen²⁵⁹. Den Organpersonen können Personen in organ-

²⁵² Magistrate und Richter sind durch BRB vom 9.7.40 (nicht publ.) ausdrücklich der LEO unterstellt worden; vgl. vorn § 3 II 2.

²⁵³ z. B. Betreibungsbeamte; vgl. SchKG 13 I, 14 I.

²⁵⁴ Beispiele aus der Praxis: Mitglieder der Aufsichtskommission zur Ueberwachung der „Kontrollstelle für die Trinkgeldordnung“ und der Handhabung der Trinkgeldordnung (AKL 348, ZLV 1943, 404); gerichtlich ernannte Liquidatoren einer AG (AKL 448, ZLV 1944, 204); Leiter von Ackerbau- und Arbeitseinsatzstellen (AKL 565, ZLV 1945, 267); Fleischschauer gemäss Art. 14 ff. der eidg. Fleischschauverordnung vom 26.8.1938, AS 54, 433 (AKL 692, ZAK 1946, 510).

Dagegen gelten Kaminfeger nicht als öffentliche Funktionäre, sondern als selbständige Gewerbetreibende, obschon ihre Tätigkeit genau nach feuerpolizeilichen Vorschriften umschrieben wird und obwohl sie in der Regel von den Gemeindebehörden „gewählt“ werden, wobei es sich allerdings nicht um eine Wahl im technischen Sinne, sondern lediglich um eine Ermächtigung zur Berufsausübung handelt (AKL 653, ZLV 1946, 226).

²⁵⁵ AKL 577, ZLV 1945, 321; AKL 311, ZLV 1943, 315.

²⁵⁶ OR 722 I Ziff. 3, 902 I Ziff. 2.

²⁵⁷ Ausk. 66, ZLV 1941, 309; AKL 62, ZLV 1941, 120; AKL 98, Erw. 2, ZLV 1941, 255; AKL 120, Erw. 1, ZLV 1941, 312; AKL 136, Erw. 1, ZLV 1942, 45; AKL 224, Erw. 1, ZLV 1942, 407; AKL 312, ZLV 1943, 316; KS des BIGA vom 26.9.40 (aufgeh.); KS des BIGA vom 29.3.41.

²⁵⁸ AKL 567, ZLV 1945, 269.

²⁵⁹ Vereinspräsidenten: AKL 564, ZLV 1945, 266; Vereinskassiere: AKL 33, ZLV 1941, 9; AKL 51, ZLV 1941, 85; AKL 313, ZLV 1943, 317; AKL 372, ZLV 1943, 495; AKL 701, Erw. 2, ZAK 1946, 574; Einzüger:

ähnlicher Stellung gleichgestellt werden, d. h. Personen, die zwar nicht Organe einer juristischen Person sind, aber deren Funktionen ausüben²⁶⁰, wie die Liquidatoren von Aktiengesellschaften oder Genossenschaften, bei denen die Liquidation nicht von den ordentlichen Organen durchgeführt wird²⁶¹.

Gleichgültig ist selbstverständlich, ob die Kontrolle, Aufsicht oder Ueberwachung einfach in Ausübung der Arbeitgeberfunktion²⁶² oder in Befolgung einer gesetzlichen Pflicht erfolgt. Im letzteren Falle kann daraus die Pflicht des Arbeit Leistenden abgeleitet werden, den Weisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten, was auf ein Abhängigkeitsverhältnis schliessen lässt²⁶³.

Unter Umständen kann aber auch das Indiz einer Unterordnung als Folge der Kontrolle, Aufsicht oder Ueberwachung durch einen Dritten vollständig versagen. Es gibt Fälle, in denen weder eine Bindung an Weisungen noch irgendwelche Unterwerfung unter eine Kontrolle besteht, wo indessen trotzdem die Arbeitnehmereigenschaft in der Praxis bejaht wird, wie dies beispielsweise bei der sogenannten Einmann-Aktiengesellschaft geschieht. Wirtschaftlich betrachtet ist der Alleinaktionär, welcher zugleich einziger Verwaltungsrat ist und somit die Geschäfte allein führt, vollkommen selbständig. Trotzdem nimmt die Praxis in solchen Fällen ein Dienstverhältnis an, weil der Alleinaktionär und Verwaltungsrat ein von der juristischen Person verschiedenes Rechtssubjekt und als solcher ein lohnbeziehender Angestellter der Aktiengesellschaft ist. Es wird somit allein auf die Rechtsform des Betriebes und nicht auf den wirtschaftlichen Tatbestand abgestellt²⁶⁴. An diesem Beispiel zeigt sich erneut die Problematik einer Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit.

AKL 747, Erw. 1, ZAK 1947, 489; Stiftungsorgane: AKL 212, Erw. 1, ZLV 1942, 360.

²⁶⁰ AKL 224, Erw. 3, ZLV 1942, 407.

²⁶¹ AKL 448, ZLV 1944, 204.

²⁶² AKL 34, ZLV 1941, 327; AKL 54, ZLV 1941, 87; AKL 533, ZLV 1945, 106.

²⁶³ So hat die AKL ein Subordinationsverhältnis bejaht, wenn ein Taxi-Unternehmer auf Grund kantonaler Polizeivorschriften verpflichtet ist, die Tätigkeit von Chauffeuren zu überwachen, denen er, ohne sie angestellt zu haben, die Automobile gegen feste Entschädigung pro km Fahrt überlässt, und die auf eigene Rechnung Fahrten für Dritte ausführen (AKL 532, ZLV 1945, 105). Anders die frühere Praxis, vgl. AKL 370, ZLV 1943, 493.

²⁶⁴ Vgl. darüber auch hinten nach N 570 und Zitate N 572.

2. Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit

Die für den Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung geforderte Abhängigkeit liegt in den meisten Fällen nicht nur im einzelnen Arbeitsverhältnis selbst, sondern kann sich auch aus der Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit oder überhaupt nur aus dieser ergeben²⁶⁵. Anhaltspunkte einer derartigen Abhängigkeit in wirtschaftlicher Hinsicht können folgende Indizien bilden:

a) Die Art der vertraglichen Bindung

aa) Eine gewisse Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit kann allein schon in der vertraglichen Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, gegebenenfalls unter Vereinbarung einer Kündigungsfrist, liegen²⁶⁶. Mit dieser Bindung auf Zeit wird eine Dauerbeziehung geschaffen, und in der Vereinbarung einer Kündigungsfrist liegt eine Erschwerung der Vertragsauflösung, sodass wirtschaftlich zwischen den Parteien ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht. Umgekehrt kann von einer Abhängigkeit in diesem Sinne nicht gesprochen werden, wenn für einen Arbeit Leistenden die Möglichkeit besteht, ein Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Kündigung aufzugeben²⁶⁷.

Auf zeitliche Bindung und damit auf ein Abhängigkeitsverhältnis können auch die mit Dauerschuldverträgen über Arbeitsleistung in Zusammenhang stehenden Vereinbarungen hinweisen, wie die Regelung der Ferien²⁶⁸ oder der Lohnzahlung während Militärdienst, Ferien oder Krankheit²⁶⁹.

Wie aus der Praxis hervorgeht, schliesst jedoch die Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eine selbständige Stellung nicht auf jeden Fall aus²⁷⁰, was auf eine bloss relative Geltung dieses Indizes hinweist.

²⁶⁵ AKL 532, ZLV 1945, 104.

²⁶⁶ Oser/Schönenberger Art. 318 N 8; AKL 172, ZLV 1942, 183; AKL 226, ZLV 1942, 411; AKL 735, ZAK 1947, 341.

²⁶⁷ Vgl. dazu AKL 56, ZLV 1941, 115; AKV 169, ZLV 1942, 283; AKL i. Sa. L. vom 23.12.43; AKL 444, ZLV 1944, 201; AKL 579, ZLV 1945, 322.

²⁶⁸ AKL 38, ZLV 1941, 12.

²⁶⁹ AKL 181, ZLV 1942, 220.

²⁷⁰ Insb. bei Vertretern; vgl. AKL 431, ZLV 1944, 145.

bb) Eine besondere Art einer zeitlichen Bindung, die geeignet ist, eine auf Abhängigkeit deutende Dauerbeziehung zu schaffen, ist vielfach bei Angehörigen liberaler Berufe sowie bei Handwerkern festzustellen, die ein selbständiges Gewerbe betreiben und deshalb für diese Tätigkeit nach der Verdienstersatzordnung beitragspflichtig sind. Solche Personen können neben ihrer selbständigen Tätigkeit in einem Dienstverhältnis stehen, wofür sie nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig sind²⁷¹. Dabei braucht diese auf Grund eines Dienstverhältnisses ausgeübte Tätigkeit mit der Ausübung der selbständigen Gewerbetätigkeit selbst gar nichts zu tun zu haben, wie z. B. die Tätigkeit eines praktizierenden Arztes als Lehrer an einer Krankenpflegerinnenschule²⁷², eines Bücherexperten als Lehrer an Handelskursen²⁷³, eines Schneidermeisters als Leiter von Schneiderkursen²⁷⁴, oder eines selbständigen Musikers als Lehrer an einer Musikschule²⁷⁵. Möglich ist aber auch, dass solche Personen in Ausübung ihrer selbständigen Gewerbetätigkeit zu einem oder mehreren ihrer Auftraggeber in eine nähere Beziehung treten, die sie von denselben abhängig macht. Ueber diese Fälle gelten nach der Praxis folgende Grundsätze:

α) Angehörige von liberalen Berufen, die sich selbstständig als Aerzte, Anwälte, Treuhänder, Ingenieure, Bücherrevisoren usw. betätigen, üben ihre Tätigkeit regelmässig so aus, dass sie ihr Wissen und Können von Fall zu Fall und nach Gutdünken zur Verfügung stellen, wobei es ihnen frei steht, die Aufträge der Kunden anzunehmen oder abzulehnen. In dieser Freiheit der Wahl der Aufträge und damit ihres Tätigkeitsgebietes äussert sich ihre selbständige Stellung.

Vielfach geht jedoch eine solche Person gegenüber einem Auftraggeber die Verpflichtung ein, alle oder bestimmte Aufträge zu übernehmen, die ihr zugewiesen werden, wobei sich der Auftraggeber oft seinerseits verpflichtet, ihr alle oder bestimmte Geschäfte zu übertragen, sodass der Beauftragte berechtigt wird, die

²⁷¹ Siehe Zitate vorn N 131.

²⁷² AKL 398, ZLV 1944, 61.

²⁷³ AKL i. Sa. J. vom 10.8.42.

²⁷⁴ AKL 150, ZLV 1942, 108.

²⁷⁵ AKL 56, ZLV 1941, 115. — Weitere Fälle: Selbständiger Tierarzt als gewählter Fleischschauer einer Gemeinde (AKL 692, ZAK 1946, 510).

Uebertragung dieser Geschäfte zu verlangen. Mit dieser Verpflichtung tritt der Angehörige eines liberalen Berufes in eine nähere Beziehung zum betreffenden Auftraggeber, sodass diese Tätigkeit nicht mehr als Bestandteil einer freien selbständigen Gewerbetätigkeit betrachtet werden kann, sondern eine Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit bedeutet, die nach feststehender Praxis der AKL für die Annahme einer Abhängigkeit genügt²⁷⁶.

Die häufigsten Anwendungsfälle dieses Grundsatzes finden sich bei den Rechtsanwälten, die mit der Verpflichtung zur Uebernahme aller Aufträge eines Klienten die Stellung eines juristischen Mitarbeiters oder ständigen Rechtskonsulenten einnehmen. Auf eine derartige Verpflichtung kann auch aus den Umständen geschlossen werden, falls z. B. zur Umgehung der Beitragspflicht geltend gemacht wird, eine ausdrückliche Vereinbarung bestehe nicht. So lässt beispielsweise die Zahlung einer vierteljährlichen Pauschalentschädigung ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Leistungen des Anwalts im betreffenden Quartal auf eine solche Verpflichtung schliessen, da diese Form der Vergütung bei den Anwaltsgeschäften nicht üblich ist, sondern in der Regel für jeden Auftrag gesonderte Rechnungsstellung erfolgt²⁷⁷. Das schliesst allerdings nicht aus, dass z. B. nur jährlich oder halbjährlich eine Rechnung ausgefertigt wird, wobei aber jeder Auftrag gesondert aufgeführt wird²⁷⁸.

Im weitern kann sich die Verpflichtung zur Uebernahme aller oder bestimmter Aufträge auch aus dem Umstand ergeben, dass zwischen den Beteiligten aus andern Gründen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, so wenn ein Anwalt oder Treuhänder bei einer Aktiengesellschaft als seinem Auftraggeber das Amt eines Verwaltungsrates bekleidet²⁷⁹ oder als Organ eines Vereins oder einer Stiftung die Geschäfte derselben besorgt und als solches in einem Abhängigkeitsverhältnis zur juristischen

²⁷⁶ Anwälte: **AKL 224**, Erw. 2, ZLV 1942, 407; **AKL 310**, ZLV 1943, 315; **AKL 373**, ZLV 1943, 496; **AKL 464**, Erw. 1, ZLV 1944, 289; **AKL 724**, ZAK 1947, 114; Inhaber eines Treuhandbüros: **AKL 493**, Erw. 2, ZLV 1944, 402; Ingenieur: **AKL 495**, ZLV 1944, 403.

²⁷⁷ **AKL 163**, ZLV 1942, 150; **AKL 493**, Erw. 2, ZLV 1944, 402.

²⁷⁸ **AKL 464**, Erw. 1, ZLV 1944, 290.

²⁷⁹ **AKL 136**, Erw. 1, ZLV 1942, 45; **AKL 373**, ZLV 1943, 496.

Person als Auftraggeberin steht ²⁸⁰. Diese Stellung lässt vielfach darauf schliessen, dass die betreffende Person verpflichtet ist, alle Anwalts- oder anderen Geschäfte einer selbständigen Gewerbetätigkeit, wie treuhänderische Tätigkeit oder Liegenschaftsverwaltung ²⁸¹, zu besorgen, d. h. dass die Erledigung dieser Geschäfte zum Pflichtenkreis des Anwalts als Organperson gehört. Wie die AKL ausführt, spricht allerdings die Vermutung nicht für eine derartige Verpflichtung ²⁸².

Vereinzelt wird zur Umgehung der Beitragspflicht versucht, eine Tätigkeit als Anwalts- oder Treuhandgeschäft zu qualifizieren, die ihrer Natur nach nicht als selbständige liberale Tätigkeit ausgeübt werden kann. So gehört z. B. die Geschäftsführung für eine juristische Person nicht in den Rahmen der ordentlichen selbständigen Anwaltstätigkeit. Die Führung einer Aktiengesellschaft obliegt deren Organen, welche als solche in einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung stehen. Wenn die Geschäftsführung an Dritte übertragen wird, die nicht Organe der Gesellschaft sind, so handeln diese in organähnlicher Stellung und deshalb ebenfalls in einem Abhängigkeitsverhältnis ²⁸³. Als ein Geschäft liberaler Tätigkeit kann nach der Praxis auch nicht die Führung eines Briefkastendomizils gelten. Der Domizilträger hat sich zur Ausführung bestimmter Geschäfte verpflichtet und ist damit in abhängiger Stellung tätig ²⁸⁴.

Bei den selbständig praktizierenden Aerzten nun liegen die Verhältnisse rechtlich insofern anders, als sie sich nicht einem oder mehreren Patienten gegenüber verpflichten, alle ihre Krankheiten oder Unfälle zu behandeln, sondern gelegentlich einem Spital, einer Krankenkasse oder einer Schule usw. gegenüber die Verpflichtung eingehen, alle Patienten zu behandeln, die ihnen zugewiesen werden. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich dabei aber zweifellos um den gleichen Fall wie bei den Anwälten, denn für die Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Freiheit durch diese Bindung spielt es keine Rolle, wem gegenüber die Aerzte in ihrer Tätigkeit gebunden sind.

²⁸⁰ **AKL 564**, ZLV 1945, 266; **AKL i. Sa. W.** vom 16.6.42. Vgl. dazu die Ausführungen vorn nach N 254.

²⁸¹ **AKL 98**, ZLV 1941, 255; **AKL 373**, ZLV 1943, 495.

²⁸² **AKL 224**, Erw. 2, ZLV 1942, 407; **AKL 464**, Erw. 1, ZLV 1944, 289.

²⁸³ **AKL 224**, Erw. 3, ZLV 1942, 407. Vgl. bei N 260.

²⁸⁴ **AKL 212**, Erw. 2, ZLV 1942, 360; **AKL 280**, ZLV 1943, 202.

Die Praxis der AKL ist jedoch bei den Aerzten in der Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses wesentlich zurückhaltender als bei andern Vertretern liberaler Berufe. Selbstverständlich kann von einer näheren Bindung nicht gesprochen werden, wenn ein Arzt zu einem Spital gewisse Beziehungen unterhält, aber keinerlei Verpflichtungen eingeht²⁸⁵. Nicht ohne weiteres verständlich erscheint es dagegen, wenn nach der neueren Rechtsprechung ein Abhängigkeitsverhältnis von Aerzten verneint wird, die sich einer Krankenkasse gegenüber verpflichten, alle Kassenmitglieder zu behandeln²⁸⁶. Da solche Krankenkassenärzte zudem meistens zu vorgeschriebenen Zeiten ihre Sprechstunden abzuhalten, eine Apotheke zu führen und in gewissen Abständen Besuchstouren zu machen haben, dürften sie in ihrer wirtschaftlichen Freiheit wesentlich eingeschränkt sein. Dazu kommt, dass sie in der Regel ein garantiertes Minimaleinkommen oder ein Wartgeld oder beides beziehen, welcher Umstand seinerseits für Abhängigkeit spricht, wie noch zu zeigen sein wird (hinten, b dd). Diese zurückhaltende Praxis lässt sich offenbar nur daraus erklären, dass die Stellung dieser Krankenkassenärzte trotz allem nur wenig verschieden ist von derjenigen der freierwerbenden Aerzte, die meistens nach kantonalen sa-

²⁸⁵ So wenn z. B. ein Arzt, ohne dazu verpflichtet zu sein, seine Patienten nötigenfalls in ein Spital einliefert und dort weiterbehandelt, wobei er dafür pro Patient und Tag vom Spital entschädigt wird (**AKL 100**, ZLV 1941, 256; **AKL 228**, ZLV 1942, 412); oder wenn ein Röntgenspezialist die Spezialeinrichtungen eines Spitals benutzt, die auch andern Aerzten zur Verfügung stehen, und dabei nicht verpflichtet ist, die ihm vom Spital oder andern Aerzten zugewiesenen Patienten röntgenologisch zu behandeln (**AKL 476**, ZLV 1944, 341).

Eine nähere Bindung wird von der AKL auch abgelehnt bei Aerzten und Zahnärzten, welche eine Gemeinde mit der jährlichen Untersuchung der Schulkinder betraut, wobei sie auch für die Kosten aufkommt (**AKL 333**, ZLV 1943, 366). Aus der Entscheidung geht allerdings nicht hervor, ob die Aerzte irgendwelche Verpflichtungen eingegangen sind.

Demgegenüber geht die AKL offensichtlich zu weit, wenn sie ein Abhängigkeitsverhältnis eines Arztstellvertreters zum vertretenen Arzt einzig deshalb bejaht, weil der Stellvertreter die Einrichtungen des Arztes benützt und dafür eine Entschädigung zu zahlen hat, obschon er sich im übrigen vollständig frei betätigt wie ein anderer praktizierender Arzt (**AKL 578**, ZLV 1945, 322; vgl. auch den ähnlichen Fall **AKL 723**, Erw. 1, ZAK 1947, 112).

²⁸⁶ **AKL** i. Sa. Krankenk. R., U., Kreiskrankenk. D., O., alle vom 15.4.43.

nitätspolizeilichen Vorschriften²⁸⁷ und überhaupt schon allein nach moralischen und menschlichen Grundsätzen verpflichtet sind jedem beizustehen, der ihre Hilfe in Anspruch nimmt, sodass sie in der Annahme der Aufträge nicht im gleichen Sinne frei sind wie etwa Anwälte oder Architekten.

β) Dieselben Grundsätze, wie sie vorstehend für Angehörige liberaler Berufe entwickelt worden sind, gelten in analoger Weise auch für die selbständigen Gewerbetreibenden, welche üblicherweise Aufträge zur freien Ausführung entgegennehmen. Sobald sie sich gegenüber einem oder mehreren Auftraggebern verpflichten, alle ihnen zugewiesenen Aufträge zu erledigen, sodass sie über deren Annahme oder Ablehnung im einzelnen nicht mehr frei entscheiden können, stehen sie nach der Rechtsprechung der AKL zum Auftraggeber in einem Unterordnungsverhältnis, da sie dann in der freien Ausübung ihrer Gewerbetätigkeit wirtschaftlich eingeschränkt sind²⁸⁸. Der Inhalt einer solchen Vereinbarung kann auch dahin gehen, dass Gewerbetreibende sich statt zur Uebernahme aller einzeln ihnen zugewiesenen Aufträge zur ständigen Besorgung gewisser Obliegenheiten verpflichten; auch in diesen Fällen ist ein Subordinationsverhältnis anzunehmen²⁸⁹.

²⁸⁷ Vgl. z. B. § 15 der VO des Kt. Schaffhausen betr. die Obliegenheiten sämtlicher Medizinalpersonen, vom 29. Januar 1857.

²⁸² Fälle aus der Praxis: Ein sonst auf eigene Rechnung tätiger Uhrmacher hat für eine Firma alle ihm übertragenen Reparaturen an Uhren von Kunden dieser Firma zu besorgen (AKL 759, ZAK 1948, 29). —

Wegen fehlender Verpflichtung ist dagegen eine nähere Bindung und damit ein Abhängigkeitsverhältnis verneint worden: bei einem Buchhalter, der seinen Beruf in der Weise selbständig ausübt, dass er verschiedenen Kunden, die er frei wählt, die Buchhaltung besorgt und ihre Aufträge frei entgegennimmt, ohne sich einem Auftraggeber gegenüber zur Uebernahme aller Aufträge zu verpflichten (AKL 429, ZLV 1944, 141; AKL i. S. G. vom 5.3.43; vgl. auch AKL 751, Erw. 2, ZAK 1947, 535); bei einem Schneidermeister, der neben den Aufträgen seiner privaten Kundschaft auch solche einer Konfektionsfirma entgegennimmt, wobei er in der Annahme oder Ablehnung derselben ebenso frei ist wie gegenüber den Aufträgen der privaten Kundschaft (AKL 122, ZLV 1941, 314; AKL i. S. A. AG vom 13.9.42); bei einer Schuhfirma, die im Auftrag einer andern Firma Schuhe herstellt, jedoch nicht verpflichtet ist, ihre Aufträge zu übernehmen (AKL 453, ZLV 1944, 246); bei einem Schuhmachermeister, dem ein anderer selbständiger Schuhma-

Die Anwendung dieser Grundsätze erfolgt in der Praxis allerdings nicht schlechthin. Denn einerseits schliesst das Fehlen jeglicher Verpflichtung zur Annahme aller zugewiesenen Aufträge ein Abhängigkeitsverhältnis auf Grund anderer Umstände nicht aus²⁹⁰, andererseits gibt es Gewerbebetriebe, bei denen eine derartige Verpflichtung eine in den betreffenden Berufen übliche Vereinbarung darstellt und damit noch in den Rahmen der selbständigen gewerblichen Tätigkeit fällt, ohne dass dadurch eine nähere Beziehung zum Auftraggeber geschaffen wird, die auf ein Abhängigkeitsverhältnis schliessen lassen könnte²⁹¹. —

Die Tendenz der neueren Praxis geht dahin, allgemein in der Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze Zurückhaltung zu

cher Reparaturaufträge seiner Kunden überträgt, der aber in der Annahme dieser Aufträge frei ist (AKL i. S. K. vom 17.4.42).

Zu dieser letzten Entscheidung steht der Fall im Widerspruch, in dem ein Buchhalter von einem Bücherexperten Aufträge der Kunden des letzteren zugewiesen bekommt, die anzunehmen er jedoch nicht verpflichtet ist. Die AKL hat trotzdem ein Abhängigkeitsverhältnis des Buchhalters zum Bücherexperten mit der Begründung bejaht, dass er nicht für den Experten, d. h. einen seiner eigenen Kunden, sondern für die Kunden des Experten Aufträge ausführe (AKL 504, ZLV 1944, 453). Das kann jedoch auch beim vorstehend genannten Fall der beiden Schuhmachermeister geltend gemacht werden, in welchem trotz der gleichen Sachlage gegenteilig entschieden worden ist.

²⁸⁹ Das trifft z. B. bei einem Uhrmacher zu, der sich einer Gemeinde gegenüber zur Besorgung der öffentlichen Uhren gegen Pauschalentschädigung verpflichtet (AKL 298, ZLV 1943, 269), oder bei einer Firma, die gegenüber einer Elektrizitäts- und Wasserversorgungsgesellschaft die Verpflichtung eingeht, deren Anlagen zu überwachen und zu unterhalten (AKL 241, ZLV 1943, 26).

²⁹⁰ So hat die AKL entschieden, dass ein Zahntechniker, der für zwei Zahnärzte Aufträge ausführt, zu deren Annahme er keineswegs verpflichtet ist, zu einem der beiden Zahnärzte in einem Unterordnungsverhältnis stehe, weil er die Aufträge im Laboratorium des betr. Zahnarztes ausführe, der ihm auch Instrumente und Material zur Verfügung stelle (AKL 531, ZLV 1945, 103).

²⁹¹ Das gilt vor allem für die Fuhrhaltereietriebe. Wenn der Inhaber eines solchen Betriebes mit Dritten eine Vereinbarung trifft mit dem Inhalt, den täglichen Milchtransport, die wöchentliche Kehrriichtabfuhr, die Bahncamionnage oder andere regelmässig sich wiederholenden Fahren zu besorgen, so gilt diese Tätigkeit nach der Praxis der AKL, obschon sich der Fuhrhalter zum vorneherein für die Uebernahme aller Fahren ver-

üben. Denn da die selbständigerwerbenden Angehörigen liberaler Berufe und Gewerbetreibenden bereits nach der Verdienstersatzordnung beitragspflichtig sind, wurde es von ihnen seit jeher als unbillig empfunden, gleichzeitig für ein besonderes Rechtsverhältnis noch als Arbeitnehmer nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig zu sein. Auf diese Unbilligkeit wird denn auch von der AKL eindrücklich hingewiesen, jedoch festgestellt, dass nur eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen²⁹² die doppelte Beitragspflicht zu beseitigen vermöge²⁹³.

b) Besondere Vertragsbestimmungen

aa) Eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit ergibt sich vielfach auch aus gewissen einzelnen Vertragsbestimmungen, die bei Verträgen über Arbeitsleistung anzutreffen sind. An erster Stelle steht hier die Auferlegung eines Nebenbeschäftigungsverbotes. Mit der Verpflichtung zur ausschliesslichen Tätigkeit für eine Person stellt sich der Erwerbstätige derselben vollständig zur Verfügung und beraubt sich damit der Möglichkeit einer anderweitigen Betätigung. Die Vereinbarung eines Nebenbeschäftigungsverbotes dient deshalb geradezu als klassisches Indiz einer Abhängigkeit und kann deshalb als solches auch absolute Geltung beanspruchen. Nach der Rechtsprechung der AKL gilt eine solche Klausel nicht nur dann als Indiz einer Subordination, wenn ein Verbot schlechthin besteht²⁹⁴, sondern auch dann, wenn eine Nebenbeschäftigung nur insoweit gestattet ist, als dadurch die Haupttätigkeit nicht beeinträchtigt wird²⁹⁵.

Von besonderer Bedeutung ist dieses Indiz bei der Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw. Ursprünglich galt

pflichtet, noch als integrierender Bestandteil der selbständigen Fuhrhalter-tätigkeit, da solche Vereinbarungen bei diesen Betrieben üblich sind. Für die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses müsste die Vereinbarung nach Auffassung der AKL ganz eindeutig die Merkmale eines Dienstvertrages im Sinne des OR aufweisen (AKL 225, Erw. 2, ZLV 1942, 410; AKL 445, ZLV 1944, 202; AKL 543, Erw. 1, ZLV 1945, 149; AKL 646, ZLV 1946, 179).

²⁹² Vgl. Zitate vorn N 131.

²⁹³ AKL 654, ZLV 1946, 227.

²⁹⁴ AKL 11, ZLV 1941, 324.

²⁹⁵ Aus den nicht publ. Erw. von AKL 310 (i. Sa. St.), ZLV 1943, 315; vgl. auch AKL 601, ZLV 1945, 477.

es nämlich für die Abgrenzung der unselbständigen von den selbständigen Angehörigen dieser Berufsgruppe als gesetzliches Kriterium eines Abhängigkeitsverhältnisses²⁹⁶. Dementsprechend hat denn auch die AKL in ihrer älteren Praxis entscheidend auf dieses Merkmal abgestellt²⁹⁷. Wenn nunmehr in der neuen Vfg. 44 das Nebenbeschäftigungsverbot als gesetzliches Kriterium fallen gelassen ist, so bedeutet dies keineswegs, dass es nicht auch jetzt noch als Indiz dienen kann.

Vereinzelt kann sogar ein Anhaltspunkt für die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht nur darin erblickt werden, dass ein Nebenbeschäftigungsverbot ausdrücklich vereinbart worden ist, sondern auch in der Tatsache, dass ein Erwerbstätiger faktisch nur für eine Person tätig ist. Immerhin ist dies nicht unbedingt schlüssig, kann aber insbesondere bei Vertretern und Heimarbeitern auf ein Subordinationsverhältnis hindeuten, sofern nicht andere Umstände ein solches ausschliessen²⁹⁸.

bb) Eine weitere, im Gegensatz zum Nebenbeschäftigungsverbot allerdings nicht so weitgehende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit kann in der Auferlegung eines Konkurrenzverbotes liegen. Damit ist nicht das Konkurrenzverbot im Sinne von OR 356 („Konkurrenzklausele“) gemeint, wonach vertraglich einem Dienstpflichtigen nach Auflösung des Dienstvertrages die Betätigung in einer Konkurrenzfirma verboten wird — denn darin liegt eine erst zukünftige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit —, sondern gemeint ist damit eine Vertragsklausel, welche dem Erwerbstätigen für die Zeit der Vertragsdauer irgendwelche Tätigkeit für Konkurrenzfirmen ganz oder teilweise verbietet, wie dies z. B. bei Prokuristen gesetzlich vorgeschrieben ist (OR 464). Sie kann deshalb nach der Praxis allgemein als Indiz einer Abhängigkeit dienen²⁹⁹.

²⁹⁶ Alt Vfg. 4 Art. I II:

„Ein solches Anstellungsverhältnis liegt insbesondere dann vor, wenn solchen Personen ein bestimmtes Minimum an Verdienst garantiert wird oder wenn ihnen ein Verbot der Nebenbeschäftigung auferlegt ist.“

²⁹⁷ **AKL 32**, ZLV 1941, 8; **AKL 149**, Erw. 1, ZLV 1942, 107; **AKL 442**, ZLV 1944, 198; **AKL i. Sa. Si./Hu.** vom 25.9.40.

²⁹⁸ **AKL 180**, ZLV 1942, 219; **AKL i. S. G.** vom 30.11.42.

²⁹⁹ z. B. bei einem Filialleiter das Verbot, Waren der Konkurrenz zu verkaufen (**AKL 34**, ZLV 1941, 327); bei Ablagehalten einer Zeitschrift das

Besonderes Gewicht hat die Rechtsprechung ursprünglich auf dieses Indiz wiederum bei der Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw. gelegt. Dabei spielte es keine Rolle, ob es sich um ein Konkurrenzverbot schlechthin handelte, d. h. um das Verbot überhaupt andere Firmen zu vertreten, oder ob es sich um ein modifiziertes Verbot in dem Sinne handelte, dass es sich auf die Vertretung eigentlicher Konkurrenzfirmen beschränkte³⁰⁰, oder dass die Firma die Vertretung von Konkurrenz- oder andern Firmen von ihrer Zustimmung abhängig machte³⁰¹. Umgekehrt galt nach dieser älteren Praxis die Erlaubnis zur Vertretung von Konkurrenzfirmen vielfach als ein gegen Abhängigkeit sprechendes Indiz³⁰². Die neuere Rechtsprechung legt dem Bestehen eines Konkurrenzverbotes nicht mehr entscheidende Bedeutung bei; ein solches wird vielmehr mit selbständiger Berufstätigkeit durchaus als vereinbar betrachtet und gilt somit nicht mehr als ausgesprochenes Kennzeichen unselbständiger Vertretertätigkeit³⁰³.

cc) Eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit ergibt sich ferner aus der Bindung an bestimmte vertraglich vereinbarte Arbeitszeiten. Damit ist jedoch umgekehrt nicht gesagt, dass die freie Verfügung über die Arbeitszeit bei Dienstverhältnissen ausgeschlossen ist, sie kann vielmehr mit abhängiger Tätigkeit durchaus vereinbar sein³⁰⁴. Da aber von einer freien selbständigen Erwerbstätig-

Verbot, andere Zeitschriften zu vertragen (AKL 81, ZLV 1941, 191); bei Zeitungsverkäufern das Verbot, andere Zeitungen zu vertreiben (AKL 171, ZLV 1942, 181; AKL 360, ZLV 1943, 443; AKL i. Sa. N. & Co. vom 23.8.43).

³⁰⁰ AKL 111, ZLV 1941, 281; AKL 170, ZLV 1942, 180; AKL 181, ZLV 1942, 220.

³⁰¹ AKL 60, ZLV 1941, 118; AKL 160, ZLV 1942, 147.

³⁰² AKL i. Sa. Blo., Blu. & Co., He., Hu. & Co., alle vom 5.3.43.

³⁰³ AKL 431, ZLV 1944, 145.

³⁰⁴ Das gilt speziell bei Handelsreisenden und Heimarbeitern. Weitere Fälle aus der Praxis: Ein Waldarbeiter wird mit der Säuberung eines Privatwaldes beauftragt, ohne dass ihm die Arbeitszeit vorgeschrieben wird (AKL i. Sa. H. vom 24.11.43); einem Rebbaupersonal wird die Besorgung aller einschlägigen Arbeiten in einem Rebberg übertragen (AKL i. Sa. St. vom 24.11.43; AKL 744, ZAK 1947, 484); ein Uhrmacher repariert für eine Firma die Uhren von Kunden derselben im Atelier der Firma, wobei er in der Arbeitseinteilung frei ist (AKL 759, ZAK 1948, 29).

keit nicht gesprochen werden kann, wenn eine Bindung des Arbeit Leistenden an gewisse Arbeitszeiten besteht, spricht dieser Umstand im allgemeinen für ein Abhängigkeitsverhältnis³⁰⁵.

dd) Für den Begriff des Dienstverhältnisses spielt, wie schon vorn unter II B 3 erwähnt, die Art der Lohnbemessung grundsätzlich keine Rolle; ein Erwerbstätiger kann also in einem Dienstverhältnis stehen, auch wenn er nicht nach der Zeit, sondern nach der Arbeitsleistung entschädigt wird (Provision), was z. B. bei Handelsreisenden die Regel ist³⁰⁶. Wo jedoch ein festes Gehalt vereinbart oder, was praktisch dasselbe ist, nur in anderer Form³⁰⁷, vom Arbeitgeber die Garantie eines Minimaleinkommens geleistet wird, so deutet dies nach der Praxis der AKL auf ein Abhängigkeitsverhältnis hin³⁰⁸.

Zu grösserer Bedeutung gelangte dieses Indiz bei der Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw.; denn für diese Personen galt ursprünglich die Garantie eines Minimaleinkommens als gesetzliches Kriterium ihrer Abhängigkeit³⁰⁹. Daraus durfte allerdings nicht geschlossen werden, dass ein Subordinationsverhältnis dann nicht angenommen werden könne, wenn eine feste Entschädigung nicht vereinbart war³¹⁰. Nach der geltenden Regelung für die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit bei dieser Berufsgruppe gilt der Bezug eines festen Gehalts als gesetzliches Kriterium, das die Selbständigkeit eines Vertreters ausschliesst und deshalb auf ein Abhängigkeitsverhältnis hinweist³¹¹. Grundsätzlich kommt also im neuen wie im alten Recht derselbe Gedanke zum Ausdruck. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass das im alten Recht

³⁰⁵ AKL 282, ZLV 1943, 231.

³⁰⁶ AKL 181, ZLV 1942, 220. Hans Langmack, Der Agenturvertrag (Diss. Zürich 1945), 50.

³⁰⁷ Langmack (zit. N 306) 50; Hans Padel, Der Agenturvertrag und seine Stellung im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Bern 1943, Abh. zum schweiz. Recht, Neue Folge, Heft 208), 73.

³⁰⁸ Fixum: AKL 33, ZLV 1941, 9; AKL 172, ZLV 1942, 183; AKL 348, ZLV 1943, 404; AKL 401, ZLV 1944, 63.

³⁰⁹ Vgl. Zitat vorn N 296.

³¹⁰ AKV 156, ZLV 1942, 231.

³¹¹ Vfg. 44 Art. 3 II; vgl. Wortlaut hinten N 337.

aufgestellte Kriterium der „Garantie eines Minimaleinkommens“ ein für Abhängigkeit sprechendes (positives) Indiz darstellte, während das nach neuem Recht geltende Kriterium des „Bezuges eines festen Gehalts“ als ein gegen Selbständigkeit sprechendes (negatives) Merkmal erscheint.

C. Negative Indizien einer Abhängigkeit

Wie schon vorn unter A 2 erwähnt, gehen Gesetzgebung und Praxis für die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses vielfach nicht von der Frage aus, ob gewisse Indizien für ein solches sprechen, sondern davon, ob gewisse Merkmale fehlen, die für eine selbständige Erwerbstätigkeit charakteristisch sind, sodass daraus auf ein Subordinationsverhältnis geschlossen werden kann. Als solche Indizien können gelten:

1. Uebernahme des Risikos am Arbeitserfolg

a) Wesentliches Merkmal der beruflichen Selbständigkeit im Wirtschaftsleben ist die Uebernahme des Risikos am Arbeitserfolg, d. h. die Verlusttragung bei Misslingen (= Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr). Deshalb spricht eine solche gegen eine Tätigkeit in abhängiger Stellung³¹², während umgekehrt das Fehlen eines Risikos auf ein Abhängigkeitsverhältnis schliessen lassen kann³¹³.

Dieses Indiz war wiederum bei der Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw. insofern von besonderer Bedeutung, als die Tätigkeit „auf fremde Rechnung“ ursprünglich als gesetzliches Kriterium der Arbeitnehmereigenschaft solcher Personen galt³¹⁴. Es zeigte sich jedoch im Laufe der Zeit, dass

³¹² AKL 371, ZLV 1943, 494.

In gesellschaftlichen und gemeinschaftlichen Beteiligungsverhältnissen gelten besondere Grundsätze; vgl. darüber hinten § 9.

³¹³ AKL 532, ZLV 1945, 105; AKV 459, ZLV 1945, 165; AKL 577, ZLV 1945, 321; AKL 744, ZAK 1947, 484.

³¹⁴ Alt Vf. 4 Art. 1 I:

„Handelsreisende, Vertreter, Agenten und andere Personen, die sich zu einer oder mehreren Firmen in einem Anstellungsverhältnis befinden und ausserhalb der Geschäftsräume ihrer Dienstherrn, aber auf deren

es sich nicht bewährte³¹⁵. Nach der neuen Regelung schliesst deshalb die Tätigkeit auf fremde Rechnung die Selbständigkeit eines Vertreters nicht schlechthin aus³¹⁶, sodass diesem Indiz nur noch relative Bedeutung zukommt. Allerdings gilt umgekehrt die Tätigkeit auf eigene Rechnung stets als Merkmal selbständiger Vertretertätigkeit³¹⁷.

b) Von den Fällen, in denen infolge Uebernahme des Risikos (Beteiligung an Gewinn und Verlust) ein Abhängigkeitsverhältnis in der Regel nicht gegeben ist, sind die Fälle eines partiarischen Dienstverhältnisses zu unterscheiden, bei welchen dem Arbeitnehmer ein gewisser Unternehmensgewinn (Anteil am Geschäftsergebnis) versprochen wird³¹⁸. Da es sich hierbei nur um eine Beteiligung am Gewinn und nicht auch am Verlust handelt, wird ein Risiko vom Arbeitnehmer damit nicht übernommen, sodass nicht selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Der Gewinnanteil ist hier lediglich eine besondere Art der Lohnbemessung (vgl. vorn II B 3) mit der Funktion, den Arbeitnehmer an einem guten Geschäftsabschluss zu interessieren und ihn damit zu intensiver Tätigkeit zu veranlassen³¹⁹. Eine Beteiligung allein am Geschäftsgewinn deutet deshalb an sich nicht auf selbständige Tätigkeit hin, sondern nur in Verbindung mit Beteili-

Rechnung, Geschäfte jeglicher Art vermitteln oder abschliessen oder Inkassi besorgen, unterstehen der Lohnersatzordnung."

Vgl. dazu die ältere Praxis: **AKL 111**, ZLV 1941, 281; **AKL 149**, Erw. 1, ZLV 1942, 107; **AKL 180**, ZLV 1942, 219; **AKL 181**, ZLV 1942, 220; **AKL 204**, ZLV 1942, 321; **AKV 156**, ZLV 1942, 231.

³¹⁵ Abh. ZLV 1944, 228.

³¹⁶ Die „Tätigkeit auf fremde Rechnung“ ist nur noch Begriffsmerkmal des Handelsreisenden, Vertreters usw. i. S. der Vfg. 44 (vgl. Art. 1 der Vfg.) und bezeichnet nicht mehr den Gegensatz der unselbständigen zur selbständigen Vertretertätigkeit; vielmehr können auf fremde Rechnung tätige Handelsreisende usw. jetzt unter bestimmten Voraussetzungen auch als Selbständigerwerbende der VEO unterstellt werden (Art. 3 der Vfg. 44).

³¹⁷ KS 51 des BIGA vom 4.5.44, Ziff. 1.

³¹⁸ Vgl. Oser/Schönenberger Art. 330 N 10. — Ueber Begriff und Arten der Gewinnbeteiligung beim partiarischen Dienstvertrag vgl. Robert Keel, Der partiarische Dienstvertrag und seine Rechtsverwirklichung, Diss. Zürich 1947 (in Maschinenschrift), 20 ff.

³¹⁹ Oser/Schönenberger Art. 330 N 8.

gung am Verlust³²⁰; für sich allein schliesst sie darum ein Abhängigkeitsverhältnis auf keinen Fall aus³²¹.

2. Aeussere Umstände

a) Die Selbständigkeit eines Erwerbstätigen zeigt sich in den meisten Fällen rein äusserlich schon darin, dass er zur Ausübung seiner Tätigkeit über gewisse Einrichtungen verfügt; es sind dies die äusserlichen Merkmale eines Betriebes wie Räumlichkeiten, Maschinen, Werkzeuge, Geräte, Material und Arbeitskräfte. Damit ist allerdings keineswegs gesagt, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit nur da angenommen werden könne, wo solche äusseren Merkmale eines Betriebes vorhanden sind; vielmehr gibt es zweifellos Selbständigerwerbende, die zur Ausübung ihrer Tätigkeit nur über ein Minimum oder gar keine Einrichtungen verfügen müssen³²². Andererseits darf aus dem Umstand, dass ein Erwerbstätiger über eigene Betriebsräumlichkeiten und -einrichtungen verfügt, nicht geschlossen werden, ein Abhängigkeitsverhältnis zu einem Dritten sei damit ausgeschlossen³²³. Bei den Heimarbeitern z. B. ist es die Regel, dass sie in eigenen Räumlichkeiten und mit eigenen Einrichtungen arbeiten, was jedoch ihre wirtschaftliche Stellung keineswegs als selbständig erscheinen lässt³²⁴. Vor allem spricht auch die Beschäftigung von Arbeitskräften im allgemeinen absolut nicht für Selbständigkeit, denn es kommt häufig vor, dass ein unselbständig Erwerbstätiger für die Erledigung seiner Arbeiten Hilfskräfte anstellt und diese selbst entlohnt. Das berührt jedoch seine abhängige Stellung nicht³²⁵.

Vereinzelt vertritt allerdings die AKL den Standpunkt, dass in Fällen, in denen ein Erwerbstätiger nicht über eigene Betriebseinrich-

³²⁰ **AKV 324**, ZLV 1943, 516; **AKV 631**, Erw. 2, ZAK 1947, 129.

³²¹ **AKL 282**, ZLV 1943, 232; **AKL 401**, ZLV 1944, 63; **AKL 577**, ZLV 1945, 321.

³²² Man denke z. B. an die Dienstmänner auf Bahnhöfen, an Baumschneider, oder an Buchhalter, die selbständig Buchhaltungsaufträge von Kunden ausführen (**AKL 429**, ZLV 1944, 141).

³²³ **AKL 282**, ZLV 1943, 231; **AKL 443**, ZLV 1944, 199.

³²⁴ **AKL 653**, ZLV 1946, 224.

³²⁵ **AKL 4**, ZLV 1941, 321; **AKL 34**, ZLV 1941, 328; **AKL 136**, Erw. 2, ZLV 1942, 46; **AKL 224**, Erw. 4, ZLV 1942, 408; **AKL 401**, ZLV 1944, 63/64.

tungen verfügt, die zur Ausübung der betreffenden Gewerbetätigkeit unerlässlich sind, sondern dieselben vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden, von einer selbständigen Berufstätigkeit nicht gesprochen und deshalb auf ein Abhängigkeitsverhältnis geschlossen werden könne³²⁶. Im weitem kann bei einer Tätigkeit, die in der Verarbeitung von Material besteht (besonders in der Heimarbeit), ein Indiz selbständiger bzw. abhängiger Tätigkeit darin gefunden werden, ob das Material vom Arbeit Leistenden selbst beschafft oder vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird³²⁷. Immerhin handelt es sich hier, wie die Praxis zeigt, um ein bloss relatives Indiz³²⁸.

Als ein weiteres Merkmal selbständiger Erwerbstätigkeit gilt die Uebernahme der Spesen durch den Arbeit Leistenden. Sofern deshalb ein Erwerbstätiger die aus seiner Tätigkeit erwachsenden Unkosten nicht selbst trägt, sondern der Auftraggeber, so kann dies auf ein Abhängigkeitsverhältnis deuten³²⁹. Doch ist auch die Uebernahme der Unkosten durch den Arbeitnehmer nach der Praxis mit einem Dienstverhältnis nicht unvereinbar³³⁰.

Schliesslich ist als ein — allerdings nur rein formales — Merkmal einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Eintrag im Handelsregister zu betrachten. Zu diesem Eintrag ist gemäss Art. 52 I der Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937 (AS 53, 577) verpflichtet, „wer ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt“, wobei nach Art. 52 II als Gewerbe im Sinne der Verordnung zu betrachten ist „eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit“ (Sperrung vom Verfasser). Nach der Handelsregisterverordnung gelten somit alle zum Eintrag verpflichteten Personen als

³²⁶ AKL 531, ZLV 1945, 102; AKL 578, ZLV 1945, 322; AKL 723, Erw. 1, ZAK 1947, 113; AKL i. Sa. K. vom 10.8.42; AKV i. Sa. E. vom 4.12.43.

³²⁷ AKL 146, ZLV 1942, 104; AKL 361, ZLV 1943, 447; AKL 531, ZLV 1945, 103; AKV i. Sa. E. vom 4.12.43.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet können z. B. die Heimarbeiter der Berner Oberländer Schnitzerei als Selbständigerwerbende gelten (Joss, „Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft“ 1940, 30).

³²⁸ AKL 453, ZLV 1944, 247.

³²⁹ AKL 360, ZLV 1943, 443; AKL 647, ZLV 1946, 180.

³³⁰ AKL 282, ZLV 1943, 231.

Selbständigerwerbende. Gemäss konstanter Praxis der AKL ist jedoch dieser Umstand für die Abgrenzung der unselbständigen Tätigkeit nach der Lohnersatzordnung unerheblich, d. h. auch ein im Handelsregister als Selbständigerwerbender eingetragener Erwerbstätiger kann in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen³³¹.

b) Wie wir gesehen haben, sind die vorstehend unter lit. a genannten negativen Indizien im allgemeinen nur relativ anwendbar. Im Gegensatz dazu sind sie jedoch von wesentlicher, ja entscheidender Bedeutung für die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit bei der Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw.³³². Ursprünglich galten die Beschäftigung von Arbeitskräften sowie der Eintrag im Handelsregister als gesetzliche Kriterien einer selbständigen Vertretertätigkeit³³³, sodass beim Fehlen dieser äusseren Umstände auf ein Abhängigkeitsverhältnis zu schliessen war.³³⁴

Die Erfahrung zeigte jedoch, dass auf den Eintrag im Handelsregister nicht immer abgestellt werden konnte, da ein solcher aus verschiedenen Gründen erfolgen kann (z. B. mit Rücksicht auf die Steuerpflicht). Die AKL hat deshalb — und auch aus andern Gründen³³⁵ — ihre Praxis einer Revision unterzogen und in teilweiser Abweichung von den gesetzlichen Kriterien andere äussere Umstände als Merkmale selbständiger Vertretertätigkeit bezeichnet. In ihrer grundsätzlichen Entscheidung³³⁶ wird darüber folgendes ausgeführt:

„Die Behandlung eines Handelsreisenden oder Vertreters als Selbständigerwerbenden setzt in erster Linie voraus, dass seine Tätigkeit in

³³¹ **AKL 135**, Erw. 1, ZLV 1942, 44; **AKL 149**, Erw. 1, ZLV 1942, 107; **AKL 180**, ZLV 1942, 219.

³³² Vgl. darüber ausführlich die Abb. ZLV 1944, 227 ff.

³³³ Alt Vfg. 4 Art. 2 II:

„Solche Personen gelten insbesondere dann als Selbständigerwerbende, wenn sie als Inhaber von Einzelfirmen oder als unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Kollektiv-, Kommandit- oder Kommanditaktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen sind oder wenn sie einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigen.“

³³⁴ **AKL i. Sa. H.** vom 30.10.42; **AKL i. Sa. G.** vom 30.11.42; **AKL i. Sa. Blo., Blu. & Co., He.**, alle vom 5.3.43; **AKV 156**, ZLV 1942, 232.

³³⁵ Vgl. darüber ZLV 1944, 227 ff.

³³⁶ **AKL 430**, ZLV 1944, 143; bestätigt in **AKL 431**, ZLV 1944, 145.

Form eines eigenen Unternehmens organisiert ist, was gewöhnlich darin zum Ausdruck kommt, dass er eigene Geschäftsräumlichkeiten besitzt oder selbst Angestellte hält. Dazu muss kommen, dass das Verhältnis zur vertretenen Firma dadurch den Charakter einer Tätigkeit auf eigene Gefahr zeigt, dass der Reisende oder Vertreter keinen festen Gehalt bezieht und ganz oder doch zu einem wesentlichen Teil selbst für die aus seiner Tätigkeit erwachsenden Spesen aufkommt. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist die Unterstellung unter die Verdienstersatzordnung und damit die Befreiung von der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung nur dann möglich, wenn der Vertreter das Vorliegen anderer Merkmale nachweist, welche die Annahme eines Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnisses ausschliessen." (Sperrungen vom Verfasser.)

Diese von der Praxis aufgestellten Merkmale einer selbständigen Vertretertätigkeit wurden vom Gesetzgeber in die neue Vfg. 44 übernommen und damit zu gesetzlichen Kriterien gestempelt³³⁷. Die Vfg. 44 geht in Art. 2 von der Vermutung aus, dass grundsätzlich alle Handelsreisenden usw. als in einem Dienstverhältnis stehend zu betrachten sind, wobei sich der Gesetzgeber offenbar auf LEO 1 II³³⁸ gestützt hat, wo das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden ausdrücklich als zu den Dienstverhältnissen im Sinne der Lohnersatz-

³³⁷ Vfg. 44 Art. 3 II:

„Solche Personen gelten nur dann als Selbständigerwerbende, wenn sie kein festes Gehalt beziehen und für die Unkosten aus ihrer Tätigkeit im wesentlichen selbst aufkommen sowie ausserdem entweder über eigene Geschäftsräumlichkeiten verfügen oder mindestens einen Arbeitnehmer regelmässig beschäftigen, es sei denn, dass sie andere Tatsachen nachweisen, die unzweideutig für ihre selbständigerwerbende Tätigkeit sprechen.“

Vgl. dazu KS 51, Ziff. 3, ferner

AKL 503, ZLV 1944, 452;

AKL 606, ZLV 1945, 519;

AKL 664, ZLV 1946, 282;

AKL 700, ZAK 1946, 574;

AKL 752, ZAK 1947, 535;

AKV 543, ZLV 1946, 107;

AKV 572, ZLV 1946, 296;

AKV 655, ZAK 1947, 541.

³³⁸ 20.12.39 (AS 55, 1505).

ordnung gehörend erwähnt wird³³⁹. Diese gesetzliche Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass der Vertreter nach den vorerwähnten, in Art. 3 II festgelegten Kriterien als Selbständig-erwerbender zu betrachten sei³⁴⁰. Gelingt dieser Nachweis nicht, d. h. fehlt eines der Kriterien, so muss ein Abhängigkeitsverhältnis angenommen werden. Wir haben es hier somit mit typischen negativen Kriterien eines Unterordnungsverhältnisses zu tun.

IV. Vertrag

Obschon das Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung nicht mit einem der im OR geregelten Verträge oder der dort nicht vorgesehenen Vertragsarten *sui generis* über Arbeitsleistung identifiziert werden kann³⁴¹, handelt es sich dennoch um einen Vertrag, d. h. ein Rechtsgeschäft, das durch die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerungen der Parteien zustande kommt³⁴². Wo deshalb eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung ohne diese Willensübereinstimmung entsteht, liegt kein Vertrags- und damit kein Dienstverhältnis vor³⁴³. Somit können alle Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeit Leistende gegen seinen Willen zu einer Tätigkeit im Dienste eines andern verpflichtet wird (sog. Zwangsdienstverhältnisse) nicht als Dienstverhältnisse im Sinne der Lohnersatzordnung gelten.

A. Das betrifft in erster Linie Arbeitsverhältnisse auf Grund einer Naturalleistungspflicht (Militär-, Feuerwehr- oder Arbeitsdienstpflicht), d. h. der öffentlichrechtlichen Verpflichtung von Privaten, bei Strafsanktionen im Unterlassungsfall einer Körperschaft des öffentlichen Rechts Dienste zu leisten. Da der Rechtsgrund der Arbeitsleistung in diesen Fällen nicht auf Vertrag, sondern auf einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung beruht, können solche Arbeitsver-

³³⁹ AKL 430, ZLV 1944, 143.

³⁴⁰ Vgl. KS 51, Ziff. 2; AKL 752, ZAK 1947, 535.

³⁴¹ Vgl. die Ausführungen vorn § 3 III C 1.

³⁴² Dazu ist allerdings, wie grundsätzlich bei allen Verträgen über Arbeitsleistung, eine besondere Form (Schriftlichkeit) nicht erforderlich; vgl.

AKL 121, Erw. 2, ZLV 1941, 313; AKL 211, ZLV 1942, 359.

³⁴³ AKL 242, Erw. 1, ZLV 1943, 29.

hältnisse grundsätzlich nicht als Dienstverhältnisse im Sinne der Lohnersatzordnung gelten, obschon die übrigen Voraussetzungen des Begriffs des Dienstverhältnisses (Arbeitsleistung in abhängiger Stellung gegen Entgelt) in der Regel erfüllt sein dürften. Sollte man deshalb den Einbezug solcher Verhältnisse in die Beitragspflicht nach Lohnersatzordnung aus fiskalischen oder Billigkeitsgründen trotzdem für gerechtfertigt halten, so muss dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sein³⁴⁴. Die Beitragspflicht besteht in diesen Fällen also nicht darum, weil solche Arbeitsverhältnisse die Merkmale eines Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung aufweisen, sondern weil sie vom Gesetz ausdrücklich zu Dienstverhältnissen gestempelt werden. Im einzelnen ist darüber folgendes zu sagen:

1. Was die allgemeine Wehrpflicht³⁴⁵ als die umfassendste öffentliche Dienstverpflichtung anbelangt, besteht vor allem hier keine Veranlassung, den Sold durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung der

³⁴⁴ AKL 242, Erw. 1, ZLV 1943, 29.

³⁴⁵ Als Wehrpflicht im Sinne dieser Ausführungen ist nicht nur die eigentliche Militärdienstpflicht der männlichen Schweizerbürger zu verstehen, sondern auch jeder besoldete Dienst von Schweizerbürgern beider Geschlechter im Hilfsdienst, im passiven Luftschutz, bei den Ortswehren und in den Sanitätsformationen des Roten Kreuzes (vgl. LEO 2 I in der Fassung vom 31.7.45, AS 61, 563). Entscheidend muss dabei sein, dass der (die) Dienstpflichtige in ein militärisches Gewaltverhältnis zur Heeresleitung tritt und jederzeit unter Straandrohung zu einem Dienst aufgeboten werden kann, auch wenn — wie das beim Frauenhilfsdienst und bei den Ortswehren der Fall ist — der Eintritt in das militärische Gewaltverhältnis nicht durch obligatorische Aushebung, sondern freiwillig erfolgte.

Ferner war während des Aktivdienstes 1939/45 der Militärdienstpflicht gleichzustellen der Dienst in den militärischen Arbeitsdetachementen gemäss BRB über die Bildung von Arbeitsdetachementen für die Landesverteidigung vom 15.12.1939/20.12.1940 (AS 55, 1495; 56, 2020; aufgeh.), wonach arbeitslose Schweizerbürger verpflichtet waren, „ihre Arbeitskraft für die Durchführung von militärischen Werken zur Verfügung zu stellen“ (Art. 1 I). Da militär- und hilfsdienstpflichtige Arbeitslose in solchen Arbeitsdetachementen der Militärgesetzgebung unterstanden (Art. 2), also u. a. Sold bezogen und bei Straffolge aufgeboten werden konnten (Art. 4 I), so war bei dieser Kategorie von Arbeitslosen die Gleichstellung des Dienstes mit dem eigentlichen Militärdienst gegeben. Diese Gleichstellung war aber auch gerechtfertigt bei nicht militä-

Beitragspflicht zu unterwerfen, denn der Sold ist in erster Linie Spesenersatz und nicht Arbeitsentgelt³⁴⁶. Man könnte sich höchstens fragen, ob höhere Soldbezüge, die den Charakter eines Spesenersatzes teilweise verlieren, als Arbeitseinkommen beitragspflichtig erklärt werden sollen, wie sie gelegentlich auch als steuerpflichtiges Einkommen behandelt werden³⁴⁷. Es ist jedoch mit Recht davon abgesehen worden und zwar wohl deshalb, weil es sich nicht um eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit handelt³⁴⁸.

Die Frage stellt sich, ob freiwillig geleisteter Militärdienst als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung zu qualifizieren sei, da es naheliegt, eine freiwillige Dienstleistung als Vertrag aufzufassen. Allein die Praxis hat dies abgelehnt. Bei den niederen Soldklassen ist dies schon deshalb angebracht, weil auch hier dem Sold der Spesenersatzcharakter nicht abzuspochen ist und auch nicht von einer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit gesprochen werden kann. Dies lässt sich dagegen bei den höheren Soldklassen weniger behaupten³⁴⁹, sodass hier der Vergleich der freiwilligen Dienstleistung mit einer zivilen

risch eingeteilten Arbeitslosen; denn diese erhielten u. a. „eine den militärischen Soldansätzen entsprechende Vergütung“ (Art. 6 c), und ausserdem war bei Verweigerung des Dienstes in den Arbeitsdetachementen für diese Kategorie Arbeitslose eine Strafsanktion zwar nicht vorgesehen, doch bestand insofern ein indirekter Zwang zur Arbeitsleistung, als die Dienstverweigerung den Entzug der Entschädigungen aus der Arbeitslosenversicherung oder Krisenunterstützung zur Folge hatte (Art. 12). Uebrigens wurde der Dienst in den militärischen Arbeitsdetachementen auch als Militärdienst im Sinne von LEO 2 I anerkannt (Art. 7 in der Fassung vom 20.12.40, AS 56, 2021).

³⁴⁶ BGE 45 I 35.

³⁴⁷ Vgl. z. B. BRB über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dez. 1940, Art. 21 IV (AS 56, 1955); Vfg. des eidg. Finanz- und Zolldepartementes betreffend die Bemessung des der allgemeinen Wehrsteuer unterliegenden Teils des Militärsoldes vom 20. März 1941 (AS 57, 301).

³⁴⁸ Mit dieser Begründung wird auch die Einkommensbesteuerung der untern Soldkategorien vom Bundesgericht als unzulässig erklärt, gleichgültig, ob es sich um obligatorischen (BGE 45 I 31, 69 I 67) oder um freiwilligen (BGE 72 I 65, auch publ. ZAK 1946, 596) Militärdienst handelt.

³⁴⁹ Es besteht kein Zweifel, dass während des Aktivdienstes 1939/45 Offiziere „gewerbmässig“ freiwilligen Militärdienst leisteten, um sich einen Erwerb zu verschaffen.

Anstellung nahegelegen wäre. Wenn trotzdem von der Erhebung von Beiträgen auch in höheren Soldkategorien abgesehen wird, so geschieht dies offenbar lediglich aus Gründen der Konsequenz.

Anders ist es dagegen, wenn Militärdienst berufsmässig und auf vertraglicher Basis geleistet wird, wie dies beim Instruktions-, beim Grenzwacht- und beim Festungswachtkorps der Fall ist. Angehörige dieser Korps leisten ihren Dienst in einem Anstellungsverhältnis zum Bund³⁵⁰, das als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung zu qualifizieren ist.

2. Eine der allgemeinen Wehrpflicht ähnliche Naturalleistungspflicht ist die in den kleineren Gemeinden bestehende allgemeine **Feuerwehrdienstpflicht**. Es gilt hier das unter Ziff. 1 vorstehend Gesagte in analoger Weise³⁵¹. Vor allem ist auch hier festzuhalten, dass der als Beruf betriebene Feuerwehrdienst auf vertraglicher Basis erfolgt und deshalb als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung zu gelten hat.

3. Als weitere Naturalleistungspflicht ist schliesslich die **Arbeitsdienstpflicht** zu erwähnen. Dabei sind zwei verschiedene Arten zu unterscheiden:

a) In verschiedenen ländlichen Gemeinden, insbesondere im Kanton Bern, besteht für alle Einwohner die sogenannte **Gemeindewerkpflicht**, d. h. die öffentlichrechtliche Dienstverpflichtung, für die Gemeinde bei öffentlichen Bauten, Erstellen von Wasserleitungen, Unterhalt von Strassen, Schneeräumen usw. Arbeiten zu verrichten³⁵².

³⁵⁰ Für Instruktoren vgl. VO über das Dienstverhältnis des Instruktionkorps vom 30. Januar 1931 (AS 47, 145) Art. 4. — Nach einer Auskunft des BIGA fallen darunter auch Instruktions-Aspiranten (Ausk. 108, ZLV 1943, 485).

Grenzwächter sind Bundesbeamte; vgl. BG über das Zollwesen vom 1. Okt. 1925 (AS 42, 287) Art. 130 I Ziff. 4 und III; BRB über das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Bundesbeamten haben (Ämterverzeichnis) vom 7. April 1930 (AS 46, 769) Art. 4 lit. b Ziff. 3.

Betr. Anstellungsverhältnisse der Festungswächter vgl. BRB über das Festungswesen vom 25. Juni 1941 (AS 57, 729) Art. 10 bis 14.

³⁵¹ Vgl. dazu Ausk. 87, ZLV 1942, 349; **AKL 274**, ZLV 1943, 198.

³⁵² Vgl. dazu W. Stäuber, „Gemeindewerk“, im „Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft“ (Bern 1939) Bd. I, S. 399.

Da es sich auch hier nicht um ein Vertragsverhältnis handelt, liegt kein Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung vor³⁵³. Dasselbe gilt auch für Arbeitsleistungen von Mitgliedern einer öffentlich-rechtlichen Korporation (z. B. Holzkorporation) bei den sogenannten Frondiensten, zu denen die Mitglieder kraft öffentlichen Rechts verpflichtet sind³⁵⁴. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, die für Arbeiten im Gemeindewerk oder bei Frondiensten ausbezahlten Entschädigungen ausdrücklich der Beitragspflicht zu unterwerfen. Sobald dagegen solche Arbeiten freiwillig, d. h. über das Pflichtmass hinaus geleistet werden, besteht zwischen der Körperschaft und dem Arbeit Leistenden ein Vertragsverhältnis, das als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung zu qualifizieren ist³⁵⁵.

b) Von wesentlich grösserer Bedeutung für die Beitragspflicht war die Arbeitsleistung auf Grund der für die Zeit des vergangenen Aktivdienstes von Bundesrechts wegen statuierten allgemeinen Arbeitsdienstpflicht zur Aufrechterhaltung der lebensnotwendigen Wirtschafts- und Verwaltungstätigkeit³⁵⁶. Diese Arbeitsdienstpflicht kam im Verlaufe des Aktivdienstes zur Anwendung in der Land-³⁵⁷ und Forstwirtschaft³⁵⁸ sowie bei sogenannten Bauarbeiten von nationalem Interesse³⁵⁹ und betraf einerseits Personen, die bereits

³⁵³ **AKL 242**, Erw. 1, ZLV 1943, 29.

³⁵⁴ **AKL 587**, Erw. 2, ZLV 1945, 411.

³⁵⁵ **AKL 242**, Erw. 2, ZLV 1943, 29; **AKL 587**, Erw. 2, ZLV 1945, 411.

³⁵⁶ Vgl. Arb. 1 II Satz 1 der VO über die Arbeitsdienstpflicht vom 17.5.1940 / 11.2.1941 / 18.9.1942 / 14.5.1943 / 9.6.1944 / 27.2.1945 / 17.8.1945 / 5.10.1945 / 20.9.1946 (AS 56, 494; 57, 146; 58, 877; 59, 397; 60, 391; 61, 122, 625, 842; 62, 825; aufgeh.).

³⁵⁷ BRB über den Arbeitseinsatz in der Landwirtschaft vom 11.2.1941 / 28.5.1942 / 7.7.1942 / 26.1.1943 / 9.6.1944 / 5.10.1945 (AS 57, 142; 58, 508, 635; 60, 387; 61, 842; aufgeh.); BRB über den Arbeitseinsatz zur Sicherung der Versorgung mit Lebensmitteln und Brennstoffen vom 5.10.1945, Abschnitt I (AS 61, 836; aufgeh.).

³⁵⁸ Vgl. des EVD über den Arbeitseinsatz in der Forstwirtschaft vom 28.2.1944 (AS 60, 164; aufgeh.) Art. 1.

³⁵⁹ BRB über den Arbeitseinsatz bei Bauarbeiten von nationalem Interesse vom 17.4.1941/24.7.1941 (AS 57, 401, 945; aufgeh.) und vom 31.3.1942 / 7.7.1942 / 29.9.1944 / 17.8.1945 / 5.10.1945 (AS 58, 317, 635; 60, 623; 61, 627, 842; aufgeh.), Art. 1 III.

in einem Betrieb der genannten Wirtschaftszweige tätig waren und deshalb dort zu verbleiben hatten³⁶⁰ („sie galten als aufgeboten“), andererseits auch Personen, die in einem andern Betrieb oder Beruf tätig oder überhaupt nicht berufstätig waren und deshalb zusätzlich aufgeboten und in einen lebenswichtigen Betrieb versetzt werden konnten³⁶¹.

Diese allgemeine Arbeitsdienstpflicht unterschied sich von den andern Naturalleistungen dadurch, dass die Dienste nicht einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (in diesem Falle dem Bund), sondern einem lebenswichtigen Betrieb zu leisten waren. Es handelte sich somit um ein Zwangsdienstverhältnis zwischen zwei Privaten, wobei für beide Parteien die Vertragsfreiheit aufgehoben war. Bei denjenigen Personen, die bereits in einem der Arbeitsdienstpflicht unterstellten Wirtschaftszweig tätig waren, äusserte sich die Aufhebung der Vertragsfreiheit in einem Kündigungsverbot sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers; das bestehende Arbeitsverhältnis konnte vom Moment der Einführung der Arbeitsdienstpflicht auf den betreffenden Betrieb an nur noch durch die zuständige Arbeitseinsatzstelle aufgelöst werden³⁶². Für den Arbeitnehmer bestand somit eine öffentlichrechtliche Arbeitspflicht; die Verweigerung der Arbeitsleistung zog Strafsanktionen nach sich³⁶³. Bei den zusätzlich eingesetzten, aus andern Berufen und Wirtschaftszweigen stammenden oder überhaupt nicht berufstätigen Arbeitsdienstpflichtigen äusserte sich die Aufhebung der Vertragsfreiheit darin, dass der Arbeitnehmer sowohl hinsichtlich der Wahl des Vertragsinhaltes als auch der Wahl des Vertragspartners nicht frei war, während der Arbeitgeber seinerseits den Vertragspartner nicht frei wählen konnte. Da für das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses von keiner Seite ein consensus erforderlich war, lag ein Vertrag überhaupt nicht vor, sondern das Rechtsverhältnis wurde durch behördlichen Gestaltungsakt geschaffen. Damit konnte aber das Verhältnis nicht als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung qualifiziert werden. Wollte man deshalb die kraft Arbeitsdienstpflicht ver-

³⁶⁰ VO (zit. N 356) Art. 6 I a.

³⁶¹ VO (zit. N 356) Art. 6 I b.

³⁶² VO (zit. N 356) Art. 9.

³⁶³ VO (zit. N 356) Art. 20; BRB betr. Abänderung und Ergänzung der VO vom 17.5.1940 über die Arbeitsdienstpflicht vom 18.9.1942 / 17.8.1945 (AS 58, 879; 61, 627; aufgeh.), Art. 7.

dienten Löhne der Beitragspflicht unterwerfen, so musste dies durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung geschehen.

Fräglich war allein, ob sich die Beitragspflicht rechtfertigte. Da die Entschädigungen für die kraft Arbeitsdienstpflicht zu leistende Tätigkeit den orts- oder berufsbüblichen Löhnen entsprechen mussten³⁶⁴, wäre es unbillig gewesen, dieselben nicht als beitragspflichtig zu erklären, da die in den der Arbeitsdienstpflicht unterstellten Wirtschaftszweigen tätigen oder zusätzlich eingesetzten Arbeitnehmer und ihre Arbeitgeber gegenüber allen andern bevorzugt gewesen wären. Aus diesem Grunde sind denn auch die an Arbeitsdienstpflichtige ausbezahlten Bar- und Naturlöhne vom Gesetzgeber ausdrücklich als beitragspflichtig erklärt worden, d. h. die auf Grund der Arbeitsdienstpflicht entstandenen Arbeitsverhältnisse wurden kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung als Dienstverhältnisse im Sinne der Lohnersatzordnung bezeichnet³⁶⁵.

B. Als weitere Zwangsdienstverhältnisse, die nicht als Dienstverhältnisse im Sinne der Lohnersatzordnung gelten können, sind ferner die Arbeitsverhältnisse der Insassen von Zwangsanstalten (Straf-, Arbeitserziehungs-, Trinkerheil-, Irrenanstalten usw.), die zur Arbeit in oder ausserhalb der Anstalt angehalten werden, zu betrachten.

³⁶⁴ VO (zit. N 356), Art. 11 I.

³⁶⁵ In formeller Hinsicht war die Regelung allerdings lückenhaft, denn eine ausdrückliche Norm bestand ursprünglich einzig bei der Arbeitsdienstpflicht in der Landwirtschaft; vgl. Vf. Nr. 2 des EVD über den Arbeitseinsatz in der Landwirtschaft (Versetzungsentschädigungen) vom 26.2.1941 (AS 57, 240; aufgeh.) Art. 4; Vf. Nr. 5 des EVD über den Arbeitseinsatz in der Landwirtschaft (Versetzungsentschädigungen) vom 15.3.1945 (AS 61, 151; aufgeh.) Art. 9 II; Vf. Nr. 6 des EVD über den Arbeitseinsatz bei Pflanzwerken wirtschaftlicher und gemeinnütziger Unternehmungen vom 24.3.1945 (AS 61, 171; aufgeh.) Art. 8. — Eine generelle Norm im Grund-erlass, d. h. in der VO über die Arbeitsdienstpflicht (zit. N 356), fehlte. Trotz dieser formellen Lücke bestand selbstverständlich die Beitragspflicht auch bei Arbeitsverhältnissen in den übrigen Wirtschaftszweigen, auf welche die Arbeitsdienstpflicht zur Anwendung kam (Forstwirtschaft und Bauarbeiten von nationalem Interesse). Dies wurde übrigens auch hier später ausdrücklich statuiert, vgl. Vf. des EVD über den Arbeitseinsatz zur Sicherung der Versorgung mit Lebensmitteln und Brennstoffen vom 5.10.1945 (AS 61, 844; aufgeh.) Art. 37 II.

Dasselbe ist hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse der in der Schweiz im Verlaufe des Krieges 1939/45 internierten ausländischen Militär- und Zivilpersonen zu sagen, soweit sie zur Leistung von Arbeiten verpflichtet waren³⁶⁶. In diesem Falle kamen ihre Arbeitsverhältnisse nicht durch Vertrag, sondern durch behördlichen Gestaltungsakt zustande. Deshalb müsste grundsätzlich die Beitragspflicht nach Lohnersatzordnung verneint werden. Dieser Standpunkt wurde ursprünglich auch von der Praxis eingenommen³⁶⁷. Eine Gesetzesbestimmung, welche die Beitragspflicht der Internierten ausdrücklich statuiert hätte, wurde nicht aufgestellt. Wenn die Praxis später ihre Auffassung änderte und auf den Löhnen der Internierten die Beiträge ebenfalls erhob³⁶⁸, so konnte sie sich dabei auf keine Norm berufen; eine formalrechtliche Grundlage zu diesem Vorgehen bestand somit nicht. Immerhin war aber die Beitragspflicht materiell gerechtfertigt; denn da die Entlohnung nach den arbeitsüblichen Ansätzen zu erfolgen hatte und die Arbeitgeber nur für die einheimischen Arbeitskräfte den Arbeitgeberbeitrag hätten entrichten müssen, so hätte dies bei der grossen Zahl der Internierten zu einer Bevorzugung derselben und damit zu einer Beeinträchtigung des einheimischen Arbeitsmarktes geführt³⁶⁹.

³⁶⁶ LRB betr. die Stellung des eidg. Kommissärs für Internierungen vom 2. Dezember 1940 (AS 56, 1900, aufgeh.) Art. 5 I; BRB über das eidg. Kommissariat für Internierung und Hospitalisierung vom 26. Juli 1944 (AS 60, 508; aufgeh.) Art. 12 I.

³⁶⁷ KS des BIGA vom 8.11.40, Ziff. II. (aufgeh.)

³⁶⁸ KS des BIGA vom 27.6.41 (aufgeh.); KS 44 des BIGA vom 19.1.44 (aufgeh.); KS des BIGA vom 8.8.46.

³⁶⁹ KS des BIGA vom 27.6.41 (aufgeh.).

2. KAPITEL

Der Einfluss der persönlichen Verhältnisse auf die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft

EINLEITUNG

Für die Beantwortung der Frage, nach welchen Prinzipien sich die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht bestimmt, ist von folgenden allgemeinen Ueberlegungen auszugehen.

In der Regel ist für die Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereiches eines Sozialgesetzes einzig der mit dem Gesetz verbundene Zweck massgebend. Wenn die Lohnersatzordnung den Ersatz des den unselbständigerwerbenden Wehrmännern infolge Militärdienstleistung ausfallenden Lohnes bezweckt, so äussert sich dieser Zweck lediglich in der Anspruchsberechtigung, nicht aber in der Beitragspflicht; denn die letztere ist bloss Mittel zum Zweck. Da aber die Arbeitnehmereigenschaft nicht nur für die Beitragspflicht, sondern auch für die Anspruchsberechtigung vorausgesetzt wird³⁷⁰, so lässt dies vermuten, sie bestimme sich in persönlicher Hinsicht wie bei andern Sozialgesetzen in erster Linie nach dem in der Anspruchsberechtigung zum Ausdruck kommenden Zweck. Wenn in dieser Weise für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht die Anspruchsberechtigung zum Ausgangspunkt genommen wird, so besteht kein Zweifel, dass nicht sämtliche Unselbständigerwerbenden in ihrer Gesamtheit als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu gelten hätten, sondern nur diejenigen, die überhaupt in die Lage kommen können, infolge Militärdienstleistung einen Lohnausfall zu erleiden.

³⁷⁰ Vgl. vorn § 3 I 1.

Diese Beschränkung des Geltungsbereiches auf gewisse Kategorien von Unselbständigerwerbenden lässt sich allgemein in der Sozialgesetzgebung feststellen. Zwar ist das Sozialrecht als solches ein Sonderrecht der Unselbständigerwerbenden schlechthin, dessen ratio in der besondern Schutzbedürftigkeit dieser Klasse von Erwerbstätigen liegt³⁷¹. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass das einzelne Sozialgesetz stets die Gesamtheit aller Unselbständigerwerbenden erfasst; vielmehr beschränkt es sich in der Regel auf bestimmte Personengruppen, die auf den mit dem betreffenden Gesetz bezweckten Schutz — wenn auch nicht in jedem Einzelfall³⁷² — angewiesen sind. Demnach beschränken sich die einzelnen Sozialgesetze je nach ihrem Zweck auf Arbeitnehmer bestimmter Altersklassen oder eines bestimmten Geschlechts³⁷³, auf Angehörige bestimmter Berufsstände³⁷⁴ oder Wirtschaftszweige³⁷⁵, wobei regelmässig nur natürliche und nicht auch juristische Personen als schutzbedürftig betrachtet werden können³⁷⁶. In den meisten Fällen ist allerdings die Schutzbedürftigkeit nicht allein ausschlaggebend für die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereiches; eine einflussreiche Rolle spielt dabei vielmehr auch eine gewisse Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Wirtschaft oder auf verwandtschaftliche Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Massgebend ist demnach auch, ob ein Sozialgesetz nicht den Interessen eines bestimmten Wirtschafts-

³⁷¹ Vgl. vorn bei N 120.

³⁷² Vgl. vorn bei N 122.

³⁷³ z. B. das BG über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben vom 31. März 1922 (AS 39, 323).

³⁷⁴ Der Schutz des Fabrikgesetzes erstreckt sich beispielsweise nur auf Arbeiter und (im allgemeinen) nicht auf Angestellte einer Fabrik; vgl. Art. 20 des Gesetzes.

³⁷⁵ wie Handel, Gewerbe, Industrie, Landwirtschaft usw. Beispiele: Das Fabrikgesetz findet nur auf industrielle Betriebe Anwendung (Art. 1 des Gesetzes); das BG über die wöchentliche Ruhezeit vom 26. Sept. 1931 (AS 50, 453) gilt z. B. für Handel, Handwerk, Verkehr usw. (Art. 1 I), nicht aber z. B. in der Land- und Forstwirtschaft (Art. 1 II), desgleichen das BG über das Mindestalter der Arbeitnehmer vom 24. Juni 1938 (AS 55, 161), vgl. Art. 1 des Gesetzes.

³⁷⁶ Hueck/Nipperdey I 118. Dagegen wird in VAS I 508 den juristischen Personen die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Arbeitsrechts grundsätzlich zuerkannt.

zweiges zuwiderläuft³⁷⁷ oder ob damit nicht in die Privatsphäre der Familie eingegriffen wird³⁷⁸. Jedes Sozialgesetz bedeutet deshalb in gewissem Sinne ein Kompromiss. Bei der Lohnersatzordnung lag allerdings kein Grund zu derartigen Rücksichten vor.

Wenn nun der Gesetzgeber der Lohnersatzordnung für die Bestimmung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht wie bei andern Sozialgesetzen von dem mit der Lohnersatzordnung verfolgten Zweck ausgegangen wäre und damit auf das „Schutzbedürftigkeitsprinzip“ abgestellt hätte, so hätte der die Arbeitnehmereigenschaft nur den militärdienstpflichtigen Unselbständigerwerbenden zuerkennen müssen, da nur solche überhaupt in die Lage kommen, infolge Militärdienstes einen Lohnausfall zu erleiden. Zudem müssten diejenigen Militärdienstpflichtigen ausser Betracht fallen, die aus irgendwelchen Gründen auf einen gesetzlich verankerten Anspruch auf Lohnausfallentschädigung gar nicht angewiesen sind. Nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung hätten somit nach diesem „Bedürftigkeitsprinzip“ gelten können: alle Ausländer und Minderjährigen, der grösste Teil der Frauen und endlich solche Personen, denen der Lohn während des Militärdienstes vom Arbeitgeber vertraglich oder freiwillig weiterhin ausbezahlt wird.

Der Gesetzgeber der Lohnersatzordnung hat jedoch nicht auf dieses von der Anspruchsberechtigung ausgehende „Bedürftigkeitsprinzip“ abgestellt, sondern auf das von der Beitragspflicht ausgehende Soli-

³⁷⁷ Besonders offenkundig beim BG über die wöchentliche Ruhezeit vom 26. Sept. 1931, das keine Anwendung findet z. B. auf die Landwirtschaft oder die Krankenanstalten (Art. 1 II des Gesetzes), obschon landwirtschaftliche Dienstboten bzw. Krankenschwestern ebenso sehr einer gesetzlichen Regelung ihrer Ruhezeit bedürften wie beispielsweise Büroangestellte des Handels, die dem Gesetz unterstellt sind (Art. 1 I a in Verbindung mit Art. 2 I).

³⁷⁸ So findet z. B. das BG über die wöchentliche Ruhezeit vom 26.9.1931 keine Anwendung auf die Familienangehörigen des Betriebsinhabers (vgl. Art. 2 II a des Gesetzes). Dasselbe gilt — allerdings beschränkt auf reine Familienbetriebe, d. h. Betriebe ohne fremde Arbeitskräfte — vom Fabrikgesetz (vgl. Art. 3 lit. a bis und Art. 2 II der Vollzugsverordnung zum Fabrikgesetz vom 3.10.1919) und vom BG über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben vom 31.3.1922 (vgl. Art. 1 II des Gesetzes).

daritätsprinzip, das auf dem Grundgedanken beruht, es seien die Unselbständigerwerbenden in ihrer Gesamtheit zusammen mit ihren Arbeitgebern der Beitragspflicht zu unterwerfen, um mit ihren Beiträgen ein Gemeinschaftswerk zu finanzieren ohne Rücksicht darauf, ob der Einzelne selbst je in die Lage kommt, daraus Nutzen zu ziehen³⁷⁹. Für diese Lösung mögen vielleicht auch gewisse fiskalische Interessen mitbestimmend gewesen sein; offensichtlich jedoch überwiegt hier der Solidaritätsgedanke im Gegensatz zur Bestimmung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in sachlicher Hinsicht, wo die fiskalischen Interessen mehr ihm Vordergrund stehen³⁸⁰. Ein Verzicht auf das Solidaritätsprinzip, auch ein bloss teilweiser, hätte zweifellos zu unhaltbaren Zuständen geführt, indem die Arbeitgeber vorzugsweise weibliches oder ausländisches Personal angestellt hätten, um damit ihrer Beitragspflicht zu entgehen.

Die Abgrenzung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht durch das Solidaritätsprinzip bringt es mit sich, dass Alter, Geschlecht und Nationalität eines Erwerbstätigen (siehe § 6) sowie seine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe oder einem bestimmten Wirtschaftszweig (siehe § 7) für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft ohne Einfluss sind. Dagegen ergeben sich gewisse Einschränkungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft einerseits bei juristischen Personen als Arbeitnehmer wegen der Möglichkeit einer doppelten Beitragsleistung (siehe § 5 II) und andererseits in Verwandtschafts-, Gemeinschafts- und Gesellschaftsverhältnissen infolge des Einflusses der Verdienstersatzordnung, deren Geltungsbereich denjenigen der Lohnersatzordnung in solchen Verhältnissen weitgehend einschränkt (siehe § 8 II und § 9).

³⁷⁹ Vgl. Zitate vorn N 99.

³⁸⁰ Vgl. vorn § 3 III B 2.

§ 5. Natürliche und juristische Persönlichkeit

I. Arbeitgebereigenschaft

1. Zweifellos kann jede natürliche Person als Arbeitgeber im Sinne der Lohnersatzordnung erscheinen. Ob es sich dabei um Einzelpersonen oder um mehrere Personen handelt, die gemeinsam Arbeitnehmer beschäftigen, spielt keine Rolle.

2. Aber auch bei juristischen Personen ist die Arbeitgebereigenschaft ohne weiteres zu bejahen. Zwar kommt dies im Gesetz nicht speziell zum Ausdruck; die Bestimmung von LEO 1 I³⁸¹ spricht einfach von „Arbeitgeber“. Da es sich jedoch beim Dienstverhältnis um einen Vertrag handelt (vgl. vorn bei N 342), kann jedermann Arbeitgeber im Sinne der Lohnersatzordnung sein, der handlungsfähig und daher befugt ist Verträge abzuschliessen. Handlungsfähig sind gemäss ZGB 54 aber auch juristische Personen, wenn sie ihre Organe bestellt haben. Damit ergibt sich ihre Beitragspflicht, sobald sie als Arbeitgeber an einem Dienstverhältnis beteiligt sind³⁸². Aber auch Körperschaften des öffentlichen Rechts sind als Arbeitgeber beitragspflichtig³⁸³.

Dasselbe gilt für Personenverbindungen, die zwar die juristische Persönlichkeit nicht besitzen, aber als einheitliches wirtschaftliches Gebilde auftreten, nämlich die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Gemäss OR 562 bzw. 602 können diese Handelsgesellschaften unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, also unter anderem Verträge abschliessen. Daraus ergibt sich, dass sie als Arbeitgeber an einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung beteiligt sein können³⁸⁴.

³⁸¹ Vgl. Wortlaut vorn bei N 113.

³⁸² Vereine: **AKL 33**, ZLV 1941, 9; **AKL 51**, ZLV 1941, 85 u. a.; Stiftungen: **AKL 150**, ZLV 1942, 108; **AKL 212**, Erw. 1, ZLV 1942, 360; Aktiengesellschaften: **AKL 2**, ZLV 1941, 321, u. a.; Gesellschaften mit beschränkter Haftung: **AKL 31**, ZLV 1941, 327, u. a.; Genossenschaften: **AKL 311**, ZLV 1943, 315, u. a.

³⁸³ Beispiele: Kantone: **AKL 653**, ZLV 1946, 221; Gemeinden: **AKL 58**, ZLV 1941, 116; **AKL 646**, ZLV 1946, 179; Schweizerische Zentrale für Verkehrsförderung: **AKL 294**, ZLV 1943, 266; städtisches Elektrizitätswerk: **AKL 225**, ZLV 1942, 409.

³⁸⁴ Kollektivgesellschaft: **AKL 505**, ZLV 1944, 453. Kommanditgesellschaft: **AKL 53**, ZLV 1941, 86; **AKL 57**, ZLV 1941, 116, **AKL 123**, ZLV 1941, 314; **AKL 738**, Erw. 1, ZAK 1947, 345 u. a.

Für den Gesetzgeber der Lohnersatzordnung bestand übrigens kein Grund, die Beitragspflicht der Arbeitgeber auf natürliche Personen zu beschränken und damit die juristischen Personen zu bevorzugen; denn der Arbeitgeberbeitrag ist nur ein Solidaritätsbeitrag der Arbeitgeberschaft in ihrer Gesamtheit und — wie übrigens auch der Arbeitnehmerbeitrag — keineswegs ein Äquivalenz zur Lohnausfallentschädigung. Eine Person kann in der Eigenschaft als Arbeitgeber nie Anspruch auf Lohnausfallentschädigung erheben, handle es sich nun um eine natürliche oder juristische Person. Für eine juristische Person kam deshalb der Umstand, dass sie der Natur der Sache nach keinen Militärdienst zu leisten hat und darum keinen Anspruch auf Lohnausfallentschädigung erheben kann, kein Grund zu ihrer Befreiung von der Beitragspflicht als Arbeitgeber bilden. Ihre Beitragspflicht rechtfertigt sich somit aus der Natur des Arbeitgeberbeitrages als reiner Solidaritätsbeitrag.

II. Arbeitnehmereigenschaft

A. Juristische Personen

1. Ebensowenig wie bei der Arbeitgeberbereiensehaft geben die gesetzlichen Bestimmungen Auskunft über die Frage, ob neben natürlichen auch juristische Personen die Eigenschaft eines Arbeitnehmers im Sinne der Lohnersatzordnung haben können. Die Frage musste deshalb auf dem Interpretationsweg entschieden werden. In Anwendung des Solidaritätsprinzips bestünde kein Grund, die Arbeitnehmereigenschaft von juristischen Personen zu verneinen³⁸⁵. Die AKL hat jedoch in Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne von LEO 1 I ausdrücklich festgestellt, dass juristische Personen nicht als Arbeitnehmer gelten können³⁸⁶.

Der Grund dieser Auslegungspraxis liegt nicht etwa darin, dass juristische Personen der Natur der Sache nach überhaupt nie in die Lage kommen, einen Anspruch auf Lohnausfallentschädigung geltend

³⁸⁵ Dies wohl aber dann, wenn sich die Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht nach dem von der Anspruchsberechtigung ausgehenden „Schutzbedürftigkeitsprinzip“ bestimmen würde; vgl. vorn bei N 376.

³⁸⁶ AKL 189, Erw. 1, ZLV 1942, 272; AKL 213, ZLV 1942, 360; AKL 312, ZLV 1943, 317; AKL 405, ZLV 1944, 68; AKL 503, ZLV 1944, 452.

zu machen, denn das gilt auch für verschiedene natürliche Personen wie z. B. Ausländer und Nichtdienstpflichtige; vielmehr begründet dies die AKL damit, dass juristische Personen als solche nicht tätig sein können, sondern ihre Funktionen durch ihre Organe und Angestellten ausüben lassen müssen. Da die Bezüge dieser Personen jedoch bereits von der Beitragspflicht erfasst werden, weil sie zu den juristischen Personen in einem Dienstverhältnis stehen, würde es für die juristischen Personen eine unzulässige Doppelbelastung bedeuten, wenn sie selbst ebenfalls als Arbeitnehmer behandelt würden und für einen Teil der Löhne ihrer Angestellten, für die sie bereits den Arbeitgeberbeitrag entrichten müssen, noch den Arbeitnehmerbeitrag zu bezahlen hätten, weil ihnen in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer dieser Teil als Arbeitseinkommen anzurechnen wäre³⁸⁷. Ein Arbeitseinkommen darf jedoch nur einmal mit dem Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitrag belastet werden.

Aus dieser Begründung geht deutlich hervor, dass theoretisch die Arbeitnehmereigenschaft von juristischen Personen nicht ausgeschlossen ist und an sich durch das Solidaritätsprinzip gerechtfertigt wäre, dass sie vielmehr einzig wegen der Möglichkeit einer doppelten Belastung ein und desselben Arbeitseinkommens verneint werden muss. Dienstverhältnisse, bei denen juristische Personen als Arbeitnehmer auftreten, sind denn auch infolge der extensiven Auslegung des Begriffs des Dienstverhältnisses durchaus möglich. So gilt beispielsweise nach der Rechtsprechung der AKL die Führung eines Briefkastendomizils für eine Stiftung als Dienstverhältnis zwischen Stiftung und Domizilträger³⁸⁸. Wenn nun letzterer eine juristische Person, z. B. eine als Aktiengesellschaft organisierte Bank ist³⁸⁹, so erscheint sie rechtlich als eine an einem Dienstverhältnis beteiligte Arbeitnehmerin. Ein weiterer Fall: Gemäss OR 717 I obliegt die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft ihren Organen, jedoch können nach OR 717 II auch Dritte damit beauftragt werden. Nach der Rechtsprechung der AKL stehen die Organe einer Aktiengesellschaft zu ihr in einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung³⁹⁰; sofern Dritte

³⁸⁷ AKL 189, Erw. 1, ZLV 1942, 272.

³⁸⁸ Vgl. vorn bei N 284.

³⁸⁹ Vgl. Tatbestand von AKL 213, ZLV 1942, 360.

³⁹⁰ Vgl. vorn bei N 255.

mit der Geschäftsführung beauftragt sind, die sonst den Organen obliegt, so sind sie als organähnliche Personen nach der Praxis ebenfalls als in einem Dienstverhältnis zur Aktiengesellschaft stehend zu betrachten³⁹¹. Wenn nun, was öfters vorkommt, z. B. eine als juristische Person konstituierte Treuhandgesellschaft mit der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft beauftragt wird, so erscheint sie als Arbeitnehmerin der Aktiengesellschaft³⁹². Da jedoch die mit der Geschäftsführung verbundene Tätigkeit nicht von der Treuhandgesellschaft als juristische Person, sondern von ihren Organen und Angestellten ausgeübt wird, deren Bezüge von der Beitragspflicht bereits erfasst werden, kann die Treuhandgesellschaft nicht noch mit dem Arbeitnehmerbeitrag auf der ihr von der Aktiengesellschaft für die Geschäftsführung ausbezahlten Entschädigung belastet werden.

2. Die Tatsache, dass die Praxis den juristischen Personen die Arbeitnehmereigenschaft abspricht, hat trotz dieser zur Vermeidung einer doppelten Abgabepflicht auf dem gleichen Arbeitseinkommen getroffenen einfachen Lösung gewisse unbefriedigende Konsequenzen:

a) Einmal hat diese Lösung zur Folge, dass eine juristische Person, die als Arbeitnehmerin an einem Dienstverhältnis beteiligt ist, auf den Löhnen ihrer Organe und Angestellten den vollen Arbeitgeberbeitrag zu entrichten hat, auch wenn diese, wirtschaftlich gesehen, z. T. gar nicht für die juristische Person (ihre eigene Arbeitgeberin), sondern für deren Arbeitgeber tätig sind; d. h. die juristische Person hat hinsichtlich der Löhne ihrer Organe und Angestellten auch denjenigen Teil der Arbeitgeberbeiträge zu entrichten, den eigentlich nicht sie, sondern ihr Arbeitgeber aufzubringen hätte, da sie selbst Arbeitnehmerin ist.

Ein Beispiel: Eine als Aktiengesellschaft organisierte Bank ist Domizilträger einer Stiftung und stünde somit theoretisch nach der Praxis der AKL in einem Dienstverhältnis zu ihr³⁹³. Die von der Stiftung entrichtete Domizilgebühr ist z. T. Entgelt für die mit der Führung des Domizils verbundene Tätigkeit. Da diese Arbeiten jedoch von den Organen und Angestellten der Bank und nicht von ihr selbst als juri-

³⁹¹ Vgl. vorn bei N 260.

³⁹² **AKL 164**, ZLV 1942, 151.

³⁹³ Vgl. vorn bei N 284.

stische Person besorgt werden, so handelt es sich, wirtschaftlich gesehen, bei dieser Entschädigung um nichts anderes als um an die Angestellten weiterfliessendes Arbeitseinkommen, das also, ökonomisch betrachtet, nicht von der Bank, sondern von der Stiftung stammt. Die Bank hat jedoch auf allen Löhnen ihrer Organe und Angestellten den Arbeitgeberbeitrag voll zu entrichten, auch wenn es sich dabei zum Teil um die von der Stiftung ausbezahlte Arbeitsentschädigung handelt, sodass eigentlich die letztere für die Stiftungsgebühr den Arbeitgeberbeitrag aufzubringen hätte.

Dadurch dass die Praxis die Arbeitnehmereigenschaft der juristischen Personen verneint, kommt somit der Arbeitgeber einer juristischen Person um die Verpflichtung zur Leistung des Arbeitgeberbeitrages herum; sie wird einfach auf die juristische Person abgewälzt, indem dieselbe durch ihre auf den Löhnen ihrer Organe und Angestellten entrichteten Arbeitgeberbeiträge gleichzeitig auch die eigentlich ihrem Arbeitgeber zufallenden Beiträge zahlt, und darin liegt zweifellos eine Unbilligkeit.

b) Dieser Umstand kann nun — und damit kommen wir zu einer weiteren Konsequenz — einer Umgehung der Beitragspflicht in der Weise Vorschub leisten, dass ein Arbeitgeber für gewisse Dienste nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person in Anspruch nimmt, dass also z. B. eine Stiftung die Führung ihres Domizils statt einem Anwalt einer Bank überträgt, oder dass eine Aktiengesellschaft nicht einen Direktor, sondern eine als juristische Person organisierte Treuhandgesellschaft mit der Geschäftsführung beauftragt. Da es nicht wahrscheinlich ist, dass im einen wie im andern Falle die juristische Person für diese Aufträge mehr Personal einstellt oder höhere Löhne ausbezahlt, entgehen der Lohnausgleichskasse die Beiträge auf den Entschädigungen für die Führung des Briefkastendomizils bzw. die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft, während diese Bezüge bei einer Uebertragung der erwähnten Tätigkeit auf natürliche Personen erfasst würden.

c) Schliesslich besteht noch die Möglichkeit, dass die von einem Arbeitgeber der juristischen Person ausgerichtete Entschädigung, soweit sie als Arbeitsentgelt für ihre Dienstleistungen zu betrachten ist, höher ist als die von der juristischen Person an ihre Angestellten

für diese Arbeit ausbezahlte Lohnsumme. Wenn nun die juristische Person in der Praxis nicht als Arbeitnehmerin behandelt wird, so wird die Differenz zwischen der Entschädigung und der Lohnsumme von der Beitragspflicht gar nicht erfasst, sodass der Lohnausgleichskasse wiederum Beiträge entgehen. Diesem Umstand ist allerdings weiter keine grosse Bedeutung beizumessen, da dieser Fall praktisch selten vorkommen dürfte. Das Unbefriedigende an der ganzen Praxis liegt überhaupt weniger in dieser und in der unter lit. b genannten Konsequenz als in der unter lit. a erwähnten ungerechtfertigten Ueberwälzung des Arbeitgeberbeitrags.

Trotz diesen unbefriedigenden Begleiterscheinungen scheint die von der AKL inaugurierte Praxis, den juristischen Personen die Arbeitnehmereigenschaft überhaupt nicht zuzusprechen, der praktisch einzig gangbare Weg zu sein, um die doppelte Beitragspflicht zu vermeiden. Andere Lösungen, welche die vorstehend erwähnten Nachteile nicht aufweisen, sind theoretisch zwar durchaus denkbar, müssen aber an praktischen Schwierigkeiten scheitern. Deshalb soll hier nicht weiter darauf eingetreten werden.

B. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

Den juristischen Personen werden hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften gleichgestellt, d. h. sie können nach der Praxis der AKL ebenfalls nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung gelten, obschon sie die juristische Persönlichkeit nicht besitzen. Die AKL begründet dies mit dem Hinweis, dass diese Gesellschaften gemäss OR 562 bzw. 602 unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen und verklagt werden können, dass sie also nach den Bestimmungen des Privatrechts als ein Mittelding zwischen natürlichen und juristischen Personen erscheinen und, wirtschaftlich betrachtet, wie die juristischen Personen als eine Einheit auftreten.³⁹⁴

Diese Gleichstellung mit den juristischen Personen erscheint nun allerdings nicht ohne weiteres verständlich. Sie ist nur in den Fällen angebracht, in denen die von einer Kollektiv- oder Kommanditgesell-

³⁹⁴ AKL 241, Erw. 2, ZLV 1943, 27; AKL 281, ZLV 1943, 230.

schaft einem Arbeitgeber zu leistenden Dienste durch das Personal der Gesellschaft und nicht durch die Gesellschafter ausgeführt werden; denn das Personal steht in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft wie die Organe und Angestellten einer juristischen Person und bezieht von ihr einen Lohn, für den die Gesellschaft den Arbeitgeber- und das Personal den Arbeitnehmerbeitrag zu entrichten hat. Wenn nun die Dienste vom Personal der Gesellschaft geleistet werden — da ja die Gesellschaft als solche nicht tätig sein kann —, so stellt die der Gesellschaft von ihrem Arbeitgeber für die Dienstleistungen ausbezahlte Entschädigung, ökonomisch gesehen, nichts anderes dar als an das Personal weiterfliessendes Arbeitseinkommen, d. h. diese Entschädigung ist in der von der Gesellschaft an ihr Personal ausbezahlten Lohnsumme enthalten. Darauf werden jedoch die Beiträge bereits entrichtet, sodass es für die Gesellschaft eine unzulässige Doppelbelastung bedeuten würde, wenn sie als Arbeitnehmerin noch den Arbeitnehmerbeitrag auf der ihr von ihrem Arbeitgeber ausbezahlten Entschädigung zu leisten hätte. Deshalb erscheint es in diesen Fällen angebracht, die Arbeitnehmereigenschaft von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zu verneinen.

Anders verhält es sich nun aber, wenn die von der Gesellschaft einem Arbeitgeber zu erbringenden Dienste nicht vom Personal der Gesellschaft, sondern von den Gesellschaftern geleistet werden. Denn die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften gelten, sofern sie unbeschränkt haften und gemäss Handelsregister- eintrag vertretungsbefugt sind, als Selbständigerwerbende und stehen zur Gesellschaft nicht in einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung wie das Personal³⁹⁵. Ihre Stellung ist also rechtlich nicht dieselbe wie diejenige der Organe von juristischen Personen. Falls sie aus der Gesellschaftskasse für ihre Tätigkeit ein Entgelt beziehen, so unterliegt dasselbe somit überhaupt nicht der Beitragspflicht nach Lohnersatzordnung. Daraus folgt, dass eine Doppelbelastung durch die Beitragspflicht gar nicht bestünde, wenn man die Arbeitnehmereigenschaft der Gesellschaft bejahen würde; denn auf den Bezügen der Teilhaber hat die Gesellschaft keine Arbeitgeberbeiträge zu entrichten. Ein Grund, den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Arbeitnehmereigenschaft abzusprechen, um damit

³⁹⁵ Vgl. Zitate hinten N 555 und dortigen Kontext.

die Möglichkeit einer doppelten Beitragsleistung zu vermeiden, liegt somit in diesen Fällen gar nicht vor.

Wenn nun aber die Praxis diese Gesellschaften schlechthin nicht als Arbeitnehmer gelten lässt ohne Rücksicht darauf, wer die Dienste leistet, so werden die vom Arbeitgeber der Gesellschaft ausbezahlten Entschädigungen für die Dienstleistungen insoweit von der Beitragspflicht überhaupt nicht erfasst, als die Tätigkeit von den unbeschränkt haftenden und vertretungsbefugten Gesellschaftern ausgeübt wird. Abgesehen davon, dass damit der Lohnausgleichskasse Beiträge entgehen, liegt darin eine Bevorzugung von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften gegenüber Einzelfirmen, deren Inhaber als natürliche Personen selbstverständlich die Arbeitnehmereigenschaft haben können. Ausserdem kann dies insofern einer Umgehung der Beitragspflicht Vorschub leisten, als ein Arbeitgeber für seine Dienste statt eine Einzelperson eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in Anspruch nimmt. Zugegeben sei, dass diese Umgehung kaum praktiziert werden dürfte, die Bevorzugung solcher Gesellschaften gegenüber andern Arbeitnehmern besteht jedoch unbestrittenermassen.

Trotzdem ist eine andere Lösung aus technischen Gründen nicht möglich. Denn die Schwierigkeit liegt darin, dass die Dienste für einen Arbeitgeber der Gesellschaft gegebenenfalls von Gesellschaftern und Personal gemeinsam geleistet werden. Wollte man nun die Gesellschaft insoweit als Arbeitnehmerin behandeln, als die Teilhaber für den Arbeitgeber tätig sind, nicht aber insoweit, als das Personal die Dienste leistet, so müsste in jedem Einzelfall abgeklärt werden, wie gross der Anteil der beiden Personengruppen an den Dienstleistungen ist, und dementsprechend die vom Arbeitgeber der Gesellschaft ausbezahlte Arbeitsentschädigung aufgeteilt werden. Diese Feststellung ist jedoch nie genau, ja nicht einmal annähernd möglich und ausserdem mit grosser administrativer Arbeit verbunden. Deshalb erscheint die Praxis, den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Arbeitnehmereigenschaft schlechthin überhaupt nicht zuzusprechen, gerechtfertigt, wobei eben gewisse Unzulänglichkeiten in Kauf zu nehmen sind.

§ 6. Alter, Geschlecht, Staatsangehörigkeit

Ohne jeglichen Einfluss auf die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft sind Alter, Geschlecht oder Nationalität eines Arbeitgebers bzw. Arbeitnehmers.

1. Hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft ergibt sich dies, soweit Geschlecht und Staatsangehörigkeit in Frage stehen, aus dem Gesetz selbst, nämlich aus LEO 6 I Satz 2³⁹⁶, wo bestimmt wird: „*Das weibliche Personal und die Ausländer sind in die Beitragspflicht eingeschlossen.*“ Diese Bestimmung erscheint eigentlich angesichts des uneingeschränkten Arbeitnehmerbegriffs in LEO 1 I³⁹⁷ als überflüssig. Ihre Entstehung ist denn auch einzig historisch zu erklären; denn mit der Forderung nach einer gesetzlichen Regelung der Lohnzahlung während des Militärdienstes wurde vielfach gleichzeitig die Heranziehung der Frauen und Ausländer zur Finanzierung postuliert³⁹⁸. Die zitierte Bestimmung figurierte deshalb im gleichen Wortlaut von Anfang an in verschiedenen Entwürfen zur Lohnersatzordnung³⁹⁹. Mit der Uebernahme in die endgültige Fassung der Lohnersatzordnung wollte man offenbar die Verwirklichung dieses alten Postulates ausdrücklich dokumentieren. Zugleich ist der betreffende Artikel ein sichtbarer Ausdruck des Solidaritätsprinzips in der Beitragsleistung. In rechtlicher Hinsicht beseitigt er jeglichen Zweifel über die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in bezug auf den Einfluss von Geschlecht und Staatsangehörigkeit.

Die Unerheblichkeit des Alters für die Arbeitnehmereigenschaft geht daraus hervor, dass das Gesetz keine einschränkende Bestimmung enthält. Deshalb hat die Rechtsprechung in Anwendung des Solidaritätsprinzips ausdrücklich festgestellt, dass auch Kinder als Arbeitnehmer beitragspflichtig sind⁴⁰⁰, vorbehalten die Fälle einer bloss einmaligen oder gelegentlichen Tätigkeit⁴⁰¹.

³⁹⁶ 26.3.45 (AS 61, 160).

³⁹⁷ Vgl. Wortlaut vorn bei N 113.

³⁹⁸ Egli, SZG 1939, 155; Gafner, „Mitteilungen des kantonal-bernerischen Handels- und Industrievereins“ 1939, 181.

³⁹⁹ Entwurf der Arbeitgeberspitzenverbände vom 26.10./10.11.39, Art. 6 III; Entwurf des EVD vom 11./16. 11. 39, Art. 6 IV.

⁴⁰⁰ AKL 210, ZLV 1942, 358; AKL i. Sa. S.A. A.-G. vom 23.8.43, Erw. 2.

⁴⁰¹ AKL 383, Erw. 3, ZLV 1944, 17. Vgl. darüber hinten § 12 II.

2. Die Tatsache, dass auch für die Arbeitgeberereignschaft die persönlichen Faktoren Alter, Geschlecht und Nationalität ohne Einfluss sind, ergibt sich daraus, dass im Gesetz keine Einschränkungen in dieser Hinsicht vorgesehen sind. Hätte der Gesetzgeber eine solche Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches einführen wollen, so hätte er dies ausdrücklich statuieren müssen. Damit braucht auch nicht erörtert zu werden, ob sich der Ausdruck „Ausländer“ in LEO 6 I Satz 2, wo die Arbeitnehmereignschaft von Frauen und Ausländern ausdrücklich festgestellt wird (vgl. vorstehend Ziff. 1), auch auf Arbeitgeber bezieht, wie dies der Wortlaut der Bestimmung vermuten liesse, und ob deshalb darin nicht eine ausdrückliche Bestätigung der Arbeitgeberereignschaft von Personen ausländischer Nationalität liegt.

§ 7. Zugehörigkeit zu Berufsgruppe oder Wirtschaftszweig

Im Gegensatz zu dem vorstehend in § 6 besprochenen Falle, in dem bezüglich der Arbeitnehmereignschaft von weiblichen, ausländischen und minderjährigen Erwerbstätigen das Solidaritätsprinzip von Anfang an unangefochten von allen Kreisen vertreten wurde, machte sich hier bei diesen Faktoren während der gesetzgeberischen Entwicklung der Lohnersatzordnung eine Interessenkollision von „Schutzbedürftigkeitsprinzip“ und Solidaritätsprinzip deutlich bemerkbar. Wie die verschiedenen Vorentwürfe zeigen, hat sich der Gesetzgeber die Frage gestellt, ob überhaupt die Unselbständigerwerbenden in ihrer Gesamtheit auf den gesetzlichen Schutz vor den wirtschaftlich nachteiligen Folgen des Militärdienstes angewiesen sind, oder ob es etwa Angehörige von bestimmten Berufsgruppen oder Wirtschaftszweigen gibt, die eines gesetzlichen Schutzes vor Lohnausfall gar nicht bedürfen.

In der Tat ist festzustellen, dass es gewisse Arbeitnehmerkategorien gibt, die in dieser Lage sind, sei es, weil sie vertraglich während des Militärdienstes auf den vollen Lohn oder wenigstens einen hohen Prozentsatz davon Anspruch erheben können, wie beispielsweise der grösste Teil des Personals der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe, sei es, weil gewisse Berufe fast ausschliesslich von weiblichen Arbeitnehmern ausgeübt werden, wie Hausdienst und Krankenpflege, oder sei es, weil, wie in der Landwirtschaft, besondere Verhältnisse

vorliegen⁴⁰², die einen Schutz der Arbeitnehmer vor Lohnausfall wegen Militärdienstes nicht so dringend erscheinen lassen⁴⁰³.

Diese Ueberlegungen, die vom „Schutzbedürftigkeitsprinzip“ ausgehen, kommen in den ersten Vorentwürfen der Bundesbehörden zum Ausdruck, nach denen der persönliche Geltungsbereich der Lohnersatzordnung in dieser Hinsicht eingeschränkt werden sollte⁴⁰⁴. Demgegenüber vertraten die Arbeitgeberspitzenverbände in ihrem Projekt vom 26. Oktober / 10. November 1939 konsequent das Solidaritätsprinzip und stellten sich damit auf den Boden eines uneingeschränkten persönlichen Geltungsbereiches⁴⁰⁵. Damit vermochten sie schliesslich auch durchzudringen, wie die späteren Entwürfe der Bundesbehörden zeigen, in denen alle Beschränkungen des Geltungsbereiches in dieser Hinsicht fallen gelassen worden sind, sodass nach der geltenden Fassung der Lohnersatzordnung die Zugehörigkeit eines Arbeitgebers oder Arbeitnehmers zu einer bestimmten Berufsgruppe oder zu einem bestimmten Wirtschaftszweig für seine Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von LEO 1 I keine Rolle spielt.

⁴⁰² Die schweizerische Landwirtschaft ist ausgesprochen familienwirtschaftlich organisiert (ZLV 1942, 11). Ausserdem bezieht die Familie eines landwirtschaftlichen Dienstboten in der Regel die Kost beim Arbeitgeber, was auch während der Militärdienstleistung des Dienstboten der Fall ist, sodass sich ein Lohnausfall weniger hart auswirkt.

⁴⁰³ Aebi, SZG 1939, 149/50.

⁴⁰⁴ Entwurf des BIGA vom 3.11.39, Art. 1 I/II:

„Dieser Beschluss findet Anwendung auf die Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Handels, der Industrie, des Gewerbes und des Verkehrs, sowie der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe.

Nicht unter den Beschluss fallen unter anderem die Land- und Forstwirtschaft, die häuslichen Dienste und die Krankenpflege, sowie die gemeinnützigen Anstalten.“

⁴⁰⁵ Art. 1 I des Projektes:

„Dieser Beschluss findet Anwendung auf die öffentlichen Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Kantone und Gemeinden, sowie auf alle privatwirtschaftliche Unternehmungen und Berufe in der Schweiz und auf deren gesamtes Personal.“

§ 8. Verwandtschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

1. Allgemeine Regelung

A. Problem und Anwendungsbereich

1. Für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft ist grundsätzlich das Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unerheblich, sofern die sachliche Voraussetzung (Dienstverhältnis) erfüllt ist. Nun sind aber für die Feststellung eines Dienstverhältnisses zwischen nahen Verwandten, d. h. Familiengliedern, die rechtlichen Verhältnisse oft schwer abzuklären. Namentlich die Frage, ob überhaupt ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung einerseits und zur Entgeltzahlung andererseits vorliegt, kann nicht immer eindeutig beantwortet werden. Denn die Tätigkeit von Angehörigen im Betrieb oder Haushalt beruht in den meisten Fällen auf rein familienrechtlichen Verpflichtungen. Es ist z. B. üblich, dass Söhne und Töchter, solange sie zu Hause sind, im Betrieb oder Haushalt ihrer Eltern tätig sind und dafür mit Verpflegung und Unterkunft frei gehalten werden. Obschon es sich dabei um Arbeitsleistungen gegen Entgelt (Naturallohn!) in abhängiger Stellung handelt, würde es dem familienrechtlichen Gedanken der Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung und Beihilfe widersprechen, hier ein Dienstverhältnis zwischen Eltern und Kindern anzunehmen; es fehlt der Wille zu einem schuldrechtlichen Vertrag. Dasselbe gilt regelmässig für die Tätigkeit eines Ehegatten im Betrieb des andern⁴⁰⁶. In allen diesen Fällen lässt sich nicht immer genau sagen, ob die Familienglieder nicht für eine gemeinsame Gewinnerzielung tätig sind, statt in einem eigentlichen Anstellungsverhältnis zu stehen⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Vgl. Tatbestand von **AKL 257** ZLV 1943, 115, und von **AKV 538**, ZLV 1946, 48.

⁴⁰⁷ Dasselbe Problem stellt sich übrigens auch beim Dienstvertrag i. S. des OR, wenn festzustellen ist, ob zwischen Familiengliedern ein Dienstvertrag stillschweigend abgeschlossen wurde und ob deshalb ein Anspruch auf Lohn besteht (OR 320 II). Vgl. dazu Oser/Schönenberger Art. 320 N 11—15 und Guhl 276.

Von diesen Ueberlegungen ist offenbar der Gesetzgeber ausgegangen, wenn er für das Bestehen eines Dienstverhältnisses im Sinne der Lohnersatzordnung zwischen nahen Verwandten einen strengeren Nachweis verlangt. VW 2 I⁴⁰⁸ bestimmt nämlich darüber, allerdings negativ, folgendes:

„Personen, die im Betrieb oder im Haushalt naher Verwandter tätig, aber nicht nachweisbar bei ihnen in Anstellung sind — wie Familienangehörige eines Landwirtes oder des Inhabers eines Gastwirtschaftsgewerbes — sind nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Bundesratsbeschlusses zu betrachten.“

Auf der einen Seite dient der strengere Nachweis eines Dienstverhältnisses dazu, Arbeitsverhältnisse, die aus den eingangs erwähnten Gründen trotz der Naturalentlohnung nicht als Dienstverhältnisse qualifiziert werden können, nicht mit der Beitragspflicht zu belasten, und andererseits dazu, einen missbräuchlichen Bezug von Lohnausfallentschädigungen zu verhüten.

2. Ursprünglich fand die Bestimmung von VW 2 I uneingeschränkte Anwendung auf alle Arbeitsverhältnisse zwischen nahen Verwandten. Die Einführung der Verdienstersatzordnung für Selbständigerwerbende brachte jedoch eine weitgehende Einschränkung des Anwendungsbereiches mit sich. Die im Sinne der Verdienstersatzordnung als Betriebsleiter oder als mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft oder im Gewerbe geltenden Personen unterstehen nämlich ausdrücklich der Verdienstersatzordnung⁴⁰⁹ und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie gegebenenfalls gemäss VW 2 I als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu betrachten wären; ihre Eigenschaft als Betriebsleiter oder mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft bzw. im Gewerbe schliesst somit ihre Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung schlechthin aus (darüber ausführlich

⁴⁰⁸ 27.1.40 (AS 56, 140).

⁴⁰⁹ Vgl. Zitate hinten N 538, ferner Vfg. 48 Art. 9. Die letztere Bestimmung scheint zwar ihrem Wortlaut nach zu den obigen Ausführungen im Widerspruch zu stehen, doch sind mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe formell ebenfalls der VEO unterstellt; darüber ausführlich hinten II B 1 b.

hinten Ziff. II). Sie sind darum nach der Verdienstersatzordnung beitragspflichtig, sodass sich die Regelung von VW 2 I nur noch auf diejenigen Personen beschränkt, welche nicht in der vorhin umschriebenen Eigenschaft der Verdienstersatzordnung unterstellt sind.

B. Die Grundsätze

Die Bestimmung von VW 2 I bedarf in doppelter Hinsicht einer Auslegung: Einmal ist festzustellen, worin der Nachweis eines Dienstverhältnisses besteht⁴¹⁰, und andererseits ist der Begriff der nahen Verwandtschaft abzuklären.

1. Was den Nachweis eines Dienstverhältnisses anbetrifft, so ist in formeller Hinsicht zu beachten, dass, im Gegensatz zu den übrigen Fällen eines Dienstverhältnisses, nach dem Wortlaut von VW 2 I die Vermutung gegen das Bestehen eines Dienstverhältnisses zwischen nahen Verwandten spricht⁴¹¹. Folglich obliegt es den Ausgleichskassen, in diesen Fällen das Bestehen eines Dienstverhältnisses nachzuweisen⁴¹². Indessen wird begreiflicherweise in Fällen, in denen es sich um den Anspruch auf Lohnausfallentschädigung und nicht um die Beitragspflicht handelt, in erster Linie der Wehrmann und nicht die Kasse ein Dienstverhältnis zu beweisen versuchen.

In materieller Hinsicht kann der Nachweis eines Dienstverhältnisses im allgemeinen nur auf Grund von Indizien erbracht werden:

a) Als eindeutiger Beweis für das Bestehen eines Dienstverhältnisses zwischen nahen Verwandten gilt nach der Rechtsprechung der AKL der Bezug eines Barlohnes⁴¹³. Fehlt ein solcher, so müssen andere Indizien (vgl. nachstehend lit. b) auf ein Dienstverhältnis hin-

⁴¹⁰ Unter dem Begriff „Anstellung“ im Sinne von VW 2 I ist selbstverständlich der Begriff des Dienstverhältnisses zu verstehen, vgl. vorn bei N 137.

⁴¹¹ AKL 588, ZLV 1945, 412.

⁴¹² AKL 121, Erw. 2, ZLV 1941, 313.

⁴¹³ AKL 169, ZLV 1942, 179; AKL 190, Erw. 2, ZLV 1942, 273; AKL 227, ZLV 1942, 411; AKL 259, Erw. 1, ZLV 1943, 117; AKL 374, ZLV 1943, 497; AKL 417, ZLV 1944, 101; AKL 418, ZLV 1944, 102; AKL 534, Erw. 1, ZLV 1945, 107; AKL 684, ZLV 1946, 465; AKL 739, ZAK 1947, 347.

weisen, ansonst die Arbeitnehmereigenschaft als nicht erwiesen zu betrachten ist.

Wenn die AKL in erster Linie auf den Bezug eines Barlohnes abstellt, so geht sie dabei von den vorstehend unter A 1 gemachten Ueberlegungen aus, dass beispielsweise minder- oder volljährige Kinder, die nicht anderweitig beschäftigt sind, üblicherweise bei ihren Eltern zu leben, pflegen. Wenn sie dabei im elterlichen Haushalt oder Betrieb ganz oder teilweise tätig sind, so bedeutet dies noch nicht, dass der ihnen dafür gewährte Unterhalt eine Bezahlung ihrer Dienstleistungen darstellt und dass deshalb auf ein Dienstverhältnis geschlossen werden könne, obschon prinzipiell die Gegenleistung für Dienste auch nur in Naturalleistungen bestehen kann, wie schon früher ausgeführt wurde⁴¹⁴. Dieser Schluss wäre erst dann zulässig, wenn nachgewiesen wäre, dass die Kinder ihren Lebensunterhalt bei den Eltern nicht ohne Dienstleistungen beziehen könnten. Wenn somit Söhne oder Töchter im Haushalt oder Geschäft der Eltern tätig sind und dafür nur den Unterhalt beziehen, spricht nach der Praxis die Vermutung gegen das Bestehen eines Dienstverhältnisses⁴¹⁵.

Das gilt auch in allen übrigen Fällen, in denen nahe Verwandte im Betrieb tätig sind, also wenn beispielsweise die Eltern im Betrieb der Kinder oder Geschwister im Betrieb der andern tätig sind und dafür nur den Unterhalt beziehen⁴¹⁶, oder wenn ein Ehegatte im Betrieb des andern arbeitet ohne besonders entschädigt zu werden⁴¹⁷. Unerheblich ist dabei die Tatsache, dass solche Familienglieder eine fremde Arbeitskraft ersetzen, der man einen Barlohn bezahlen müsste. Die AKL lehnt es ab, ein Dienstverhältnis nur aus diesem Grunde zu bejahen, da ja in der Regel Familienangehörige im Betrieb eine Arbeitskraft ersetzen und der Gesetzgeber, wenn er diesen Standpunkt vertreten hätte, denselben im Gesetz deutlich hätte zum Ausdruck bringen müssen⁴¹⁸.

Anders verhält es sich dagegen, sobald an Familienangehörige neben dem Unterhalt oder an dessen Stelle ein Barlohn ausgerichtet wird. In diesen Fällen gilt, wie bereits erwähnt, nach der Praxis das Be-

⁴¹⁴ Vgl. vorn § 4 II B 2.

⁴¹⁵ AKL 211, ZLV 1942, 359.

⁴¹⁶ AKL 121, ZLV 1941, 313.

⁴¹⁷ AKL 257, ZLV 1943, 115.

stehen eines Dienstverhältnisses als erwiesen⁴¹⁹ und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe des Barlohnes⁴²⁰. Mit Recht lässt sich allerdings der Standpunkt vertreten, dass zum normalen Unterhalt von Familienangehörigen, die im Haushalt oder Betrieb ohne Barlohn tätig sind, auch die Ausrichtung eines kleinen Taschengeldes für persönliche Bedürfnisse gehöre, ohne dass dieser Barzuschuss das Bestehen eines Dienstverhältnisses beweisen dürfte. Allein, auch wenn man z. B. einen Betrag von 15 Franken als angemessenes Taschengeld betrachtet, erscheint es als grotesk, jedes Entgelt über diesem Betrag als Barlohn zu qualifizieren, der zum Nachweis eines Dienstverhältnisses genügt. Das einzig einwandfreie Vorgehen kann deshalb nur darin liegen, dass für die Qualifikation eines Entgelts als Barlohn eine untere Begrenzung nicht erfolgt, wie dies in der Praxis geschieht.

Der Grundsatz, dass bei einem Barlohnbezug ohne Rücksicht auf seine Höhe ein Dienstverhältnis stets als erwiesen gilt, ist jedoch nach der Rechtsprechung der AKL nicht uneingeschränkt anwendbar, sondern wird in bestimmten Fällen modifiziert, nämlich da, wo Haus-töchter in der Gastwirtschaft ihrer Eltern im Service tätig sind und dafür die Trinkgeldeinnahmen behalten dürfen. Prinzipiell sind ja Trinkgelder als Entgelt im Sinne der Lohnersatzordnung zu betrachten, auch wenn sie nicht vom Arbeitgeber direkt, sondern von den Gästen ausbezahlt werden⁴²¹. Die Entgegennahme von Trinkgeldern hätte somit grundsätzlich als Barlohnbezug und deshalb als eigentliche Arbeitsentschädigung zu gelten, die über den Unterhalt im elterlichen Haushalt hinaus verabfolgt wird, sodass der Nachweis eines Dienstverhältnisses als erbracht erscheinen müsste. Die AKL lehnt es jedoch ab, in allen solchen Fällen auf ein Dienstverhältnis zu schliessen⁴²². Nach ihrer Auffassung kann von einem Dienstverhältnis nicht gesprochen werden, wenn die Trinkgeldeinnahmen so gering sind, dass der Wirt einer familienfremden Serviertochter mangels genügender Einnahmen neben Trinkgeld und Unterhalt noch einen Barlohn aus-

⁴¹⁸ AKL 588, ZLV 1945, 411.

⁴¹⁹ Vgl. Zitate vorn N 413.

⁴²⁰ Es genügen z. B. monatlich Fr. 20.— (AKL 190, ZLV 1942, 272) oder Fr. 30.— (AKL 169, ZLV 1942, 179).

⁴²¹ Vgl. vorn bei N 219 und 230.

⁴²² AKL 258, ZLV 1943, 116.

richten müsste⁴²³; sobald jedoch die Trinkgeldeinnahmen der Haustochter einen Betrag erreichen, der die Auszahlung eines Barlohnes an eine familienfremde Serviertochter als überflüssig erscheinen liesse, gilt die Entgegennahme der Trinkgelder als Barlohnbezug und damit der Nachweis eines Dienstverhältnisses als erbracht⁴²⁴.

Diese von den allgemeinen Grundsätzen abweichende besondere Auslegungspraxis von VW 2 I für Haustöchter, die im elterlichen Wirtschaftsbetrieb tätig sind, entbehrt allerdings einer stichhaltigen Argumentation; denn es ist nicht einzusehen, wieso das Bestehen eines Dienstverhältnisses von der Höhe der Trinkgeldeinnahmen abhängig gemacht werden soll. Allerdings weist — und das ist offenbar der Sinn dieser Praxis — die Bedienung von Gästen in Wirtschaften mit hohem Umsatz und dementsprechend grösseren Trinkgeldeinnahmen eher den Charakter einer Berufstätigkeit auf als die Bedienung in mässig besuchten Wirtschaften, die deshalb nur nebenbei und gelegentlich zu erledigen ist. Trotzdem wird mit der von der AKL inaugurierten Praxis ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen; denn die Frage, wo nun die Grenze liegt, d. h. wann die Trinkgeldeinnahmen so hoch sind, dass einer familienfremden Serviertochter kein Barlohn ausgerichtet werden müsste, ist eine Frage, die dem freien Ermessen weiten Spielraum offen lässt. Es ist nicht zu bestreiten, dass sich daraus leicht eine verschiedenartige Behandlung gleicher Fälle ergeben kann, ein Zustand, der sich auf eine weiter hinten zu erörternde Art und Weise beseitigen liesse.

Diese Praxis hat ferner zur Folge, dass solche Haustöchter, die in der elterlichen Gastwirtschaft bedienen und für diese Tätigkeit mangels genügender Trinkgeldeinnahmen nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung gelten, in offensichtlicher Weise gegenüber Haustöchtern bevorzugt sind, die im elterlichen Betrieb eines anderen Erwerbszweiges gegen bescheidenen Barlohn tätig sind und deshalb als Arbeitnehmer gelten. Es muss als stossend empfunden werden, wenn eine Haustochter beim Servieren beispielsweise 30 Franken im Monat an Trinkgeld einnimmt und dafür nicht nach Lohnersatzordnung beitragspflichtig ist, weil diese Einnahme noch nicht auf ein Dienstverhältnis schliessen lässt, während eine andere Haustochter, die im

⁴²³ AKL 454, ZLV 1944, 247; AKL 588, ZLV 1945, 411.

⁴²⁴ AKL 335, ZLV 1943, 367; AKL 419, ZLV 1944, 102.

Laden ihrer Eltern tätig ist und dafür vielleicht 20 Franken Barlohn bezieht, der Beitragspflicht unterworfen ist.

Die Veranlassung zu dieser Auslegungspraxis mit ihren unbefriedigenden Konsequenzen liegt übrigens in nicht unbeträchtlichem Masse in der Formulierung von VW 2 I, weil in der dortigen Parenthese gerade die Angehörigen von Gastwirten ausdrücklich als solche Personen genannt werden, die nicht als Arbeitnehmer gelten können⁴²⁵. Da es sich dabei jedoch lediglich um eine beispielsweise und keinesfalls erschöpfende Aufzählung handelt, besteht kein Grund, solche Personen zu bevorzugen. Es erschiene deshalb als gerechtfertigt, diese besondere Auslegungspraxis fallen zu lassen und auch bei Haustöchtern im Gastwirtschaftsgewerbe ein Dienstverhältnis grundsätzlich dann als erwiesen gelten zu lassen, wenn ein Barlohn — in diesem Falle in Form von Trinkgeld — ohne Rücksicht auf dessen Höhe bezogen wird. Dem Einwand, dass man damit dem Einzelfall nicht gerecht werden könne, kann entgegengehalten werden, dass die Nachteile eines gewissen Schematismus durch die Beseitigung der Rechtsunsicherheit und der Unbilligkeit mehr als aufgewogen sein dürften.

b) Wo ein Barlohnbezug nicht nachgewiesen ist, können andere Umstände für die Arbeitnehmereigenschaft von nahen Verwandten sprechen und damit die Vermutung von VW 2 I widerlegen, wie beispielsweise die Verbuchung von Löhnen zu Gunsten des Verwandten⁴²⁶ oder das Vorliegen eines schriftlichen Anstellungsvertrages. Dieses letztere Indiz spielt zwar weniger dann eine Rolle, wenn es um die Feststellung der Beitragspflicht geht, als vielmehr dann, wenn es sich um die Geltendmachung eines Anspruches auf Lohnausfallentschädigung handelt, denn in diesen Fällen liegt der Verdacht nahe, dass mit einem schriftlichen Vertrag ein Dienstverhältnis fingiert wird. Deshalb ist hier nicht weiter darauf einzutreten.

2. Als zweites Problem in der Auslegung von VW 2 I stellt sich die Frage nach dem Begriff der nahen Verwandtschaft. Nach dem Wortlaut und dem früher erwähnten Sinn⁴²⁷ kann darunter nur der engste Familienkreis gemeint sein — darauf deutet schon das Wort

⁴²⁵ AKL 588, ZLV 1945, 412.

⁴²⁶ Vgl. Abh. ZAK 1947, 99.

⁴²⁷ Vgl. vorn A 1 und B 1 a, zweiter Abs.

„Familienangehörige“ in der Parenthese von VW 2 I hin —, also die Verwandtschaft zwischen Ehegatten⁴²⁸, zwischen Eltern und Kindern (inklusive Adoptivkindern), zwischen Geschwistern unter sich, sowie zwischen Grosseltern und Enkeln. Eine weitergehende Verwandtschaft dürfte wohl nicht mehr als „nahe“ im Sinne von VW 2 I bezeichnet werden, da es im allgemeinen nicht üblich ist, bei entfernteren Verwandten ohne Barlohn zu arbeiten. Doch soll dies nicht als feste Regel gelten; vielmehr müssen die Verhältnisse im Einzelfall ausschlaggebend sein⁴²⁹. Die Praxis der AKL über diese Frage ist nicht eindeutig und zum Teil widerspruchsvoll. So war nach der älteren Praxis z. B. die Schwägerschaft ohne Rücksicht auf den Grad nicht als „nahe Verwandtschaft“ im Sinne von VW 2 I zu bewerten⁴³⁰, während die neuere Judikatur die Umschreibung des „Familiengliedes“ in AVEO 7 III Satz 1⁴³¹ analog auf die Bestimmung von VW 2 I anwendet⁴³², sodass demnach jetzt auch die Schwägerschaft 1. und 2. Grades als „nahe Verwandtschaft“ zu gelten hätte. Dieser analogen Anwendung von AVEO 7 III Satz 1 ist nicht beizupflichten, da man damit den Verhältnissen im Einzelfall nicht gerecht wird.

Die AKL hat nun allerdings dem Begriff der „Familienangehörigen“ im Sinne von VW 2 I in einer andern Hinsicht einen erweiterten Sinn verliehen: Als Familie gilt nicht nur die Familie im streng familienrechtlichen Sinne, sondern auch familienähnliche Verhältnisse, wie sie z. B. die Gemeinschaften von Schwestern in Mutterhäusern darstellen. In der Regel stellen die Mutterhäuser ihre Schwestern einem staatlichen oder privaten Unternehmen (Schulen, Krankenhäusern, Waisenhäusern, Altersheimen, Kindergärten usw.) zur Ver-

⁴²⁸ Es erscheint als selbstverständlich, dass unter den Begriff der Verwandtschaft nicht auch eine erst zukünftig (zwischen Verlobten) entstehende fällt; vgl. **AKV 183**, ZLV 1942, 333.

⁴²⁹ Ist beispielsweise eine Nichte im Haushalt ihres Onkels aufgewachsen und erzogen worden, so lässt sich infolge des entstandenen nahen familiären Verhältnisses die Anwendung von VW 2 I wohl rechtfertigen, wenn die Nichte in der Arztpraxis ihres Onkels tätig ist; vgl. Tatbestand in **AKL 723**, ZAK 1947, 112. (Ob dieser Tatbestand von der AKL auf Grund von VW 2 I entschieden worden ist, geht aus den Erwägungen nicht klar hervor.)

⁴³⁰ **AKL 336**, ZLV 1943, 368; vgl. auch **AKL 169**, ZLV 1942, 179.

⁴³¹ Vgl. hinten in und bei N 450.

⁴³² **AKL 713**, Erw. 1, ZAK 1947, 60: Verhältnis Onkel — Nefte.

fügung und beziehen für deren Tätigkeit eine Entschädigung. In diesen Fällen stehen die Schwestern nach den allgemeinen Bestimmungen in einem Dienstverhältnis zum Unternehmen⁴³³, auch wenn nicht sie selbst, sondern das Mutterhaus den Lohn erhalten⁴³⁴.

Möglich ist jedoch auch, dass ein Mutterhaus ein solches Unternehmen fürsorgerischer Natur mit Hilfe seiner Schwestern selbst betreibt, ohne von dritter Seite entschädigt zu werden. Dabei beziehen die Schwestern für ihre Tätigkeit im Mutterhaus regelmässig nur den Unterhalt und keinen Barlohn; sie stellen ihre volle Arbeitskraft ohne Entschädigung der Gemeinschaft zur Verfügung wie Familienglieder einer häuslichen Gemeinschaft. Die AKL hält es deshalb für angebracht, diese Schwestern in ihrem Verhältnis zum Mutterhaus gleich wie Familienangehörige zu behandeln und sie nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu betrachten, wenn sie keinen Barlohn beziehen⁴³⁵. Das gilt nach der Praxis auch dann, wenn Schwestern, die keinem Mutterhause angehören, unter sich eine besondere Gemeinschaft bilden, die sich als solche in den Dienst einer gemeinnützigen Anstalt stellt ohne dafür entschädigt zu werden. Obschon die Schwesterngemeinschaft im Gegensatz zum vorhin erwähnten Fall der Mutterhäuser nicht Inhaberin der Anstalt ist, besteht sie doch nur in dessen Rahmen und ist mit ihr unlöslich verbunden, sodass der Vergleich mit Familienangehörigen hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft gerechtfertigt erscheint⁴³⁶.

Die AKL ist in dieser Gleichstellung sogar noch weiter gegangen, indem sie die Eigenschaft von Familienangehörigen auch solchen Personen zuerkennt, die ihre Arbeitskraft nicht einer Personengemeinschaft, der sie selbst angehören, sondern einem Dritten (z. B. einer gemeinnützigen Stiftung) zur Verfügung stellen, ohne dafür eine Barentschädigung zu beziehen⁴³⁷. Allein entscheidend ist dabei die Tatsache, dass es sich um Personen handelt, die ihr Leben und ihre Tä-

⁴³³ AKL 12, ZLV 1941, 324; AKL 260, Erw. 1, ZLV 1943, 117; AKL 297, Erw. 1, ZLV 1943, 269.

⁴³⁴ Vgl. vorn N 231 und dortigen Kontext.

⁴³⁵ Ausk. 41, ZLV 1941, 157; AKL 297, Erw. 2, ZLV 1943, 269.

⁴³⁶ AKL 447, ZLV 1944, 203.

⁴³⁷ AKL 496, ZLV 1944, 404.

tigkeit aus religiösen Beweggründen einem gemeinnützigen Zwecke widmen und dafür nur den Unterhalt beziehen⁴³⁸.

II. Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft

A. Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft

1. Gründung und Ausgestaltung im Gesetz

Ursprünglich, d. h. bis zum Inkrafttreten der Verdienstersatzordnung am 15. Juni 1940, war die Bestimmung von VW 2 I⁴³⁹ ausnahmslos in allen Fällen anwendbar, in denen Familienglieder im Haushalt oder Betrieb naher Verwandter tätig sind. Wie in der Parenthese von VW 2 I zum Ausdruck kommt, hatte der Gesetzgeber dabei besonders die Verhältnisse in der Landwirtschaft im Auge. Damit wurde jedoch den eigenartigen Erwerbsverhältnissen dieses Wirtschaftszweiges in keiner Weise Rechnung getragen. Die schweizerische Landwirtschaft ist ausgesprochen familienwirtschaftlich organisiert⁴⁴⁰; Betrieb und Haushalt decken sich weitgehend, und die Söhne verbleiben meistens auch nach Erreichung der Volljährigkeit auf dem elterlichen Hof und arbeiten vielfach ohne Lohn mit⁴⁴¹.

Da nun die Vermutung von VW 2 I gegen die Arbeitnehmereigenschaft von mitarbeitenden Familienangehörigen spricht, hatte dies zur Folge, dass Bauernsöhne, die mangels Barlohnbezug ein Dienstverhältnis nicht nachweisen konnten⁴⁴² im Falle ihrer Militärdienstleistung vom Bezug einer Lohnausfallentschädigung ausgeschlossen waren. Für sie selbst bestand darin allerdings kein wesentlicher wirtschaftlicher Nachteil, da sie zu Hause nur den Unterhalt bezogen, den sie auch im Militärdienst erhielten. Der Erwerbsausfall betraf vielmehr infolge der besonderen Gestaltung der Erwerbsverhältnisse in einem

⁴³⁸ Ein Taschengeld von monatlich 10 Franken wird dabei als Teil des Unterhalts betrachtet; dies im Gegensatz zum Prinzip, dass bei Barlohnbezug die Höhe des Entgeltes für den Nachweis eines Dienstverhältnisses unerheblich ist (vgl. vorn bei N 420).

⁴³⁹ 27. 1. 40, AS 56, 140; vgl. Wortlaut vorn bei N 408.

⁴⁴⁰ Vgl. Abh. ZLV 1942, 11.

⁴⁴¹ Holzer, ASMZ 1945, 22.

⁴⁴² Vgl. vorn bei N 413 und 419.

Familienbetrieb den Betriebsinhaber, da die Abwesenheit des Sohnes im Militärdienst gleichbedeutend mit dem Verlust einer Arbeitskraft in der Familie war; der Ausfall lag somit allein im Betrieb, der selbst dann nicht spürbar aufgewogen wurde, wenn der Sohr. durch Barlohnbezug seine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung nachweisen und damit Anspruch auf Lohnausfallentschädigung erheben konnte, denn der Ansatz betrug ursprünglich für Ledige nur 50 Rappen pro Tag⁴⁴³. Eine Entschädigung von Fr. 15.— pro Monat reichte aber nicht aus, um einen Ersatzmann für die ausfallende Arbeitskraft zu entlöhnen.

Solange die Verdienstersatzordnung noch nicht bestand, konnte an diesem Zustand nichts geändert werden, da es sich um den Erwerbsausfall des Betriebsinhabers, also eines Selbständigerwerbenden handelte, wenn auch infolge Militärdienstleistung des unselbständigerwerbenden Sohnes. Der Zweck der Lohnersatzordnung erlaubte eine diesbezügliche Ergänzung zum Schutze der Betriebsinhaber nicht.

Bei der Schaffung der Verdienstersatzordnung ist nun diesen besonderen Verhältnissen Rechnung getragen worden. Durch ein besonderes System der Beitragspflicht und der Anspruchsberechtigung wird dem selbständigen Betriebsinhaber in der Landwirtschaft der Ausgleich eines Erwerbsausfalles nicht nur dann gesichert, wenn er selbst im Militärdienst ist, sondern auch dann, wenn der Ausfall in der Abwesenheit seiner Söhne im Militärdienst begründet ist. Mit der Einführung der Verdienstersatzordnung sind deshalb, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, (vgl. nachstehend Ziff. 2.), alle regelmässig mitarbeitenden männlichen Familienglieder in der Landwirtschaft zwischen 18 und 60 Jahren in den Geltungsbereich der Verdienstersatzordnung einbezogen worden, sodass sie für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung ausser Betracht fallen, womit die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht wesentlich eingeschränkt ist.

Entsprechend der Erfassung des landwirtschaftlichen Familienbetriebes durch die Verdienstersatzordnung als Einheit ist das System der Beiträge und Entschädigungen aufgebaut. Im Rahmen dieser Ab-

⁴⁴³ Alt LEO 3 VII (20. 12. 39; AS 55, 1507).

handlung kann nur kurz darauf verwiesen werden. Die Verdienstausfallentschädigung für Landwirte besteht in einer Betriebsbeihilfe, die ausgerichtet wird, sowohl wenn der Betriebsleiter selbst Militärdienst leistet, als auch wenn ein regelmässig im Betrieb mitarbeitendes männliches Familienglied im Dienst abwesend ist⁴⁴¹. Im letzteren Falle ist die Betriebsbeihilfe gedacht als Beitrag an die Entlohnung einer Ersatz-Arbeitskraft⁴⁴⁵. Dazu kommen unter bestimmten Voraussetzungen eine Haushaltungszulage sowie Kinderzulagen⁴⁴⁶. Die Beitragspflicht besteht in der Entrichtung eines festen Betriebsbeitrages und eines Kopfbeitrages für jedes regelmässig im Betrieb mitarbeitende männliche Familienglied⁴⁴⁷.

2. Voraussetzungen

Für die Anwendung der die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft ausschliessenden Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

a) In persönlicher Hinsicht muss es sich um Familienglieder männlichen Geschlechts von 18 bis 60 Jahren handeln, welche nicht die Eigenschaft eines Betriebsleiters im Sinne der Verdienstersatzordnung haben und keinen selbständigen Haushalt führen⁴⁴⁸.

aa) Wer als Familienglied zu betrachten ist, d. h. welcher Verwandtschaftsgrad für diese Eigenschaft vorausgesetzt wird, kommt

⁴⁴⁴ VEO 3 I Satz 1 (26.3.45; AS 61, 165): „Anspruch auf eine Verdienstausfallentschädigung für Selbständigerwerbende in der Landwirtschaft hat der Betriebsleiter für sich und für die regelmässig im Betrieb mitarbeitenden männlichen Familienglieder.“

⁴⁴⁵ AKV 115, ZLV 1942, 88; Abh. ZAK 1947, 103.

⁴⁴⁶ VEO 3 II (26.3.45; AS 61, 165).

⁴⁴⁷ VEO 7 I (14.6.40; AS 56, 920); vgl. Wortlaut hinten nach N 496.

⁴⁴⁸ VEO 7 I (14.6.40; AS 56, 920; vgl. Wortlaut hinten nach N 496); AVEO 7 II (24.12.46; AS 62, 1175):

„Als regelmässig mitarbeitende Familienglieder im Sinne des Abs. 1 gelten Männer im Alter von 18 bis 60 Jahren, die im Jahre während mindestens 180 Kalendertagen im Betrieb landwirtschaftliche Arbeiten verrichten und keinen selbständigen Haushalt führen. Die Zeit des geleisteten Militärdienstes ist auf die 180 Tage anzurechnen.“

— im Gegensatz zum Verwandtschaftsbegriff von VW 2 I — im Gesetz selbst in abschliessender Weise eindeutig zum Ausdruck. Nachdem der Begriff des Familiengliedes im Laufe der Zeit stets erweitert worden ist⁴⁴⁹, gelten gegenwärtig als Familienglieder: Der Ehegatte des Betriebsleiters; die Blutsverwandten des Betriebsleiters in auf- und absteigender Linie und deren Ehegatten; die Geschwister des Betriebsleiters und deren Ehegatten; die Geschwister des Ehegatten des Betriebsleiters sowie die Ehegatten dieser Geschwister⁴⁵⁰. Gestützt auf die dem Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit im Gesetz eingeräumte Ermächtigung, auch Personen entfernterer Verwandtschaftsgrade als Familienglieder zu bezeichnen⁴⁵¹, anerkennt das erwähnte Bundesamt noch als Familienglieder im Sinne der Sonderregelung: Die Neffen des Betriebsleiters sowie seine Adoptiv- und Pflegekinder, letztere jedoch nur dann, sofern das Pflegeverhältnis mindestens 8 Jahre ununterbrochen angedauert hat⁴⁵². Diese Aufzählung ist abschliessend.

bb) Als Familienglieder im Sinne der Sonderregelung gelten nur solche männlichen Geschlechts. Die Gründe dafür sind wohl darin zu suchen, dass in der Regel nur die Männer der Militärdienstpflicht unterworfen sind und damit für den Betriebsleiter die Möglichkeit eines Erwerbsausfalles besteht. Diese Beschränkung auf Familienglieder männlichen Geschlechts ist deshalb auf Umstände zurückzuführen, die nicht mit der Beitragspflicht, sondern mit der Anspruchsberechtigung in Zusammenhang stehen.

cc) Demgegenüber ergibt sich die weitere Voraussetzung eines Alters von 18 bis 60 Jahren unmittelbar aus der Beitragspflicht; denn die Beschränkung der Sonderregelung auf diese Altersklassen ist

⁴⁴⁹ Zu den früheren Begriffsumschreibungen vgl. Wegleitung des BIGA über die Veranlagung der Landwirtschaftsbetriebe vom 15. 5. 41, B II 1 (aufgeh.); alt AVEO 7 III Satz 1 (25. 3. 44; AS 60, 219); KS 60 des BIGA vom 19. 7. 44, G III 1; KS 75 des BIGA vom 5. 2. 45 (aufgeh.).

⁴⁵⁰ AVEO 7 III Satz 1 (24. 3. 45; AS 61, 199).

⁴⁵¹ AVEO 7 III Satz 2 (24. 3. 45; AS 61, 199).

⁴⁵² KS 78 des BIGA vom 24. 3. 45, V 2. —

Wie aus der Abh. ZAK 1947, 101 hervorgeht, werden neuerdings Pflegekinder allgemein nicht mehr als Familienglieder, sondern als Arbeitnehmer i. S. der LEO behandelt, um ihnen den Bezug der finanziellen Beihilfen gemäss BO zu ermöglichen.

offenbar daraus zu erklären, dass der Gesetzgeber die Auffassung vertrat, nur Personen in diesem Alter könnten in der Landwirtschaft als volle Arbeitskräfte gelten⁴⁵³.

dd) In negativer Hinsicht wird für die Qualifikation eines Angehörigen als regelmässig mitarbeitendes männliches Familienglied im Sinne der Sonderregelung vorausgesetzt, dass er nicht die Eigenschaft eines Betriebsleiters im Sinne der Verdienstersatzordnung besitzt. Da in jedem Betrieb nur ein Familienglied die Betriebsleitereigenschaft haben kann, gelten alle übrigen männlichen Familienglieder als mitarbeitende im Sinne der Sonderregelung, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Beantwortung der Frage, welche unter den in einem landwirtschaftlichen Betrieb tätigen männlichen Familiengliedern als mitarbeitende im Sinne der Sonderregelung zu betrachten sind, hängt demnach ausschliesslich davon ab, wer unter ihnen Betriebsleiter ist. Ueber die Voraussetzungen der Betriebsleitereigenschaft vgl. hinten 'C 1.

ee) Im weiteren verlangt AVEO 7 II⁴⁵⁴, dass mitarbeitende männliche Familienglieder nur dann unter die Sonderregelung der Verdienstersatzordnung fallen, wenn sie keinen selbständigen Haushalt führen. Diese Voraussetzung ist erst ziemlich spät — durch Revision vom 24. Dezember 1946 — in AVEO 7 II aufgenommen worden.

α) *Die Gründe.* Für die Darstellung der Ursachen, die zur Aufnahme dieser Voraussetzung geführt haben, muss ziemlich weit ausgeholt werden. Es handelt sich dabei um folgende zwei ausschlaggebende Gründe:

αα) Der Anspruch auf Verdienstausschallentschädigung in der Landwirtschaft steht, ohne Rücksicht auf die Art der

⁴⁵³ Gleicher Meinung **AKL 663**, Erw. 1. ZLV 1946, 282. Das geht aus den Vorschriften über die Veranlagung der Landwirtschaftsbetriebe für die Beitragspflicht nach VEO hervor: Kann nämlich der Betriebsbeitrag weder nach der Betriebsfläche noch nach sog. Grossvieheinheiten berechnet werden, so erfolgt die Veranlagung nach der Zahl der Arbeitskräfte, wobei als solche nur voll arbeitsfähige Männer von 18 bis 60 Jahren gelten (Vfg. 46 Art. 6 II Satz 1).

⁴⁵⁴ 24. 12. 46 (AS 62, 1175), vgl. Wortlaut vorn N 448.

Entschädigung, dem Betriebsleiter zu⁴⁵⁵. Deshalb sind auch die Haushalts- und Kinderzulagen für das im Militärdienst abwesende mitarbeitende männliche Familienglied dem Betriebsleiter und nicht dem betreffenden Familienglied auszurichten⁴⁵⁶. Diese Lösung war in den Fällen ganz unangebracht, in denen das mitarbeitende männliche Familienglied, insbesondere das verheiratete, einen eigenen Haushalt führt⁴⁵⁷; denn es bestand keine gesetzliche Garantie dafür, dass die Haushaltsentschädigung tatsächlich dem Haushalt des Familiengliedes zugute kam.

Um dies nun zu erreichen, hätte man in der Verdienstersatzordnung festlegen können, dass der Anspruch auf die Haushalts- und Kinderzulagen dem mitarbeitenden männlichen Familienglied dann selbst zustehe, wenn es einen selbständigen Haushalt führe. Von dieser Lösung hat man jedoch — offenbar mit Rücksicht auf den nachstehend zu erörternden zweiten Grund der Revision — abgesehen; vielmehr sind die Familienglieder mit selbständigem Haushalt überhaupt aus der Sonderregelung der Verdienstersatzordnung für regelmässig mitarbeitende männliche Familienglieder herausgenommen worden, sodass sie als Arbeitnehmer der Lohnersatzordnung unterstehen, sofern sie einen Barlohn beziehen⁴⁵⁸, was in der Regel der Fall sein dürfte. Nach der Lohnersatzordnung steht aber der Anspruch auf die Haushaltsentschädigung und die Kinderzulagen selbstverständlich dem Arbeitnehmer zu⁴⁵⁹, sodass damit der beabsichtigte Zweck, dem Familienglied mit eigenem Haushalt einen selbständigen Anspruch auf diese Entschädigungen zu verschaffen, erreicht ist.

ββ) Der zweite Grund der Ergänzung von AVEO 7 II hängt zusammen mit der Revision der sog. Beihilfenordnung⁴⁶⁰. Gemäss diesem Erlass haben landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Gebirgsbauern unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf finan-

⁴⁵⁵ VEO 3 I Satz 1 (26. 3. 45; AS 61, 165), vgl. Wortlaut vorn N 444.

⁴⁵⁶ AVEO 17 II (25. 6. 40; AS 56, 979).

⁴⁵⁷ Abh. ZAK 1947, 103.

⁴⁵⁸ Vgl. die Ausführungen vorn bei N 413.

⁴⁵⁹ LEO 2 I (28. 1. 44; AS 60, 121).

⁴⁶⁰ BRB über die Ausrichtung finanzieller Beihilfen an landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Gebirgsbauern vom 9. Juni 1944/15. März 1946 (AS 60, 379; 62, 369).

zielle Beihilfen (öffentlichrechtliche Sozialzulagen)⁴⁶¹, die zum Teil aus Beiträgen der landwirtschaftlichen Arbeitgeber und zum andern Teil aus öffentlichen Mitteln bestritten werden⁴⁶².

Als landwirtschaftliche Arbeitnehmer im Sinne der Beihilfenordnung gelten „Personen, die im Dienstverhältnis in einem der Verdienstersatzordnung, Gruppe Landwirtschaft, unterstellten Betriebe land- und forstwirtschaftliche Arbeiten, mit Einschluss der bäuerlichen hauswirtschaftlichen Arbeiten, verrichten“.⁴⁶³ Dagegen gelten ausdrücklich nicht als landwirtschaftliche Arbeitnehmer die Familienglieder des Betriebsleiters, auch wenn sie Lohn beziehen.⁴⁶⁴ Man begründet dies damit, dass die bäuerliche Familiengemeinschaft eine Produktions- und Konsumtionsgemeinschaft bilde, dass sich die Angehörigen mit dem Betriebseigentümer in der Betriebsleitung teilen und in der Regel kein Lohninteresse hätten. Die Familienglieder seien deshalb als Selbständigerwerbende zu behandeln.⁴⁶⁵

Bald jedoch hat man erkannt, dass die Ausschliessung der Familienglieder vom Bezug der Beihilfen dann eine Härte bedeutet, wenn ein Familienglied einen selbständigen Haushalt führt, da die Beihilfen in erster Linie als Zulagen für Haushalt und Kinder ausgestaltet sind⁴⁶⁶. Um diesen Fällen gerecht zu werden, hätte man nun einfach den Begriff des Familiengliedes in der Beihilfenordnung in dem Sinne einschränken können, dass man Familienglieder mit eigenem Haushalt ausdrücklich als Arbeitnehmer im Sinne der Beihilfenordnung bezeichnet hätte. Damit wären sie jedoch in der Beihilfenordnung als Arbeitnehmer, nach der Verdienstersatzordnung aber als Selbständigerwerbende behandelt worden, was man für unzumutbar hielt. Man stellte sich auf den Standpunkt, dass Familienglieder mit eigenem Haushalt nur dann als Arbeitnehmer im Sinne der Beihilfenordnung bezeichnet werden könnten, wenn sie gleichzeitig

⁴⁶¹ BO 1 — 12.

⁴⁶² BO 13 — 16. — Ueber die Gründe dieser finanziellen Beihilfen vgl. Abh. ZLV 1944, 271 ff., 471, 472; StenBull StR 1944, 226; 11. Vollmachtenbericht des Bundesrates vom 27. Oktober 1944 (BBl 1944 I 1199).

⁴⁶³ ABO 1 I (26. 3. 46; AS 62, 425).

⁴⁶⁴ ABO 1 II (26. 3. 46; AS 62, 425).

⁴⁶⁵ Abh. ZLV 1946, 171; ZAK 1947, 105.

⁴⁶⁶ Vgl. Entscheidung Nr. 2 der AKL betr. die Beihilfenordnung, Erw. 1, ZLV 1945, 369; vgl. ferner die Abh. ZAK 1947, 4.

auch als Arbeitnehmer der Lohnersatzordnung unterstellt würden⁴⁶⁷. Dabei konnte man sich auch darauf berufen, dass der Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Beihilfenordnung mit demjenigen der Lohnersatzordnung zu identifizieren sei, d. h. dass der Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne von ABO 1 I nach demjenigen von LEO 1 I ausgelegt werden müsse⁴⁶⁸.

Diese Zusammenhänge bildeten den Hauptgrund dafür, dass die Revision nach wiederholter Prüfung der Angelegenheit und trotz verschiedenen Vorstössen im eidgenössischen Parlament⁴⁶⁹ längere Zeit hindurch abgelehnt wurde⁴⁷⁰. Vor allem wurde auch geltend gemacht, es gehe deshalb nicht an, Familienglieder mit eigenem Haushalt der Lohnersatzordnung zu unterstellen, weil sie nach der Lohnersatzordnung mehr Beiträge zahlen müssten als nach der Verdienstersatzordnung⁴⁷¹. Ueber diese Bedenken hat man sich jedoch schliesslich hinweggesetzt: Mit Verfügung Nr. 60 vom 24. Dezember 1946 wurden durch Ergänzung von AVEO 7 II die mitarbeitenden männlichen Familienglieder, die einen selbständigen Haushalt führen, von der Sonderregelung der Verdienstersatzordnung ausgenommen, sodass sie nunmehr als Arbeitnehmer sowohl im Sinne der Lohnersatzordnung wie der Beihilfenordnung gelten, sofern sie einen Barlohn beziehen⁴⁷². Damit kommen diese Personen in den Genuss der finanziellen Beihilfen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Abh. ZLV 1946, 171; KS 115 des BIGA vom 29. 3. 1946 Ziff. I 1 Abs. 2; vgl. ferner N 469.

⁴⁶⁸ Nach ABO 20 sind die Bestimmungen der Lohn- und Verdienstersatzordnung sinngemäss auf die Beihilfenordnung anzuwenden. Vgl. „Erläuterungen des BIGA“ I 1 b in: „Beihilfenordnung“, Textausgabe der geltenden Erlasse nach dem Stand vom 1. Juni 1946, S. 30.

⁴⁶⁹ Motion Quartenoud vom 6. 12. 1945 im Nationalrat (Wortlaut publ. mit Stellungnahme des Bundesrates: ZLV 1946, 256); Kleine Anfrage Clavatscher vom 5. 6. 1946 im Nationalrat (Wortlaut mit Antwort des Bundesrates publ. ZLV 1946, 384).

⁴⁷⁰ Vgl. dazu die Abh. ZLV 1946, 171 und ZAK 1947, 105.

⁴⁷¹ Vgl. Zitate N 467 und 469.

⁴⁷² Vgl. vorn bei N 413.

⁴⁷³ Eigentümlicherweise liess man es bei der Revision von AVEO 7 II bewenden, die Beihilfenordnung selbst wurde nicht gleichzeitig formell ebenfalls revidiert in dem Sinne, dass man daselbst statuiert hätte, Familienglieder mit selbständigem Haushalt seien nicht als Familienglieder i. S. von

β) *Die Auslegung.* Was bedeutet nun die Wendung von AVEO 7 II: „keinen selbständigen Haushalt führen“? Zwei Interpretationen sind denkbar:

αα) Fasst man den Begriff des „selbständigen Haushalts“ wörtlich und in einem engeren Sinne auf, wie er unter gleicher Bezeichnung in VW 7 I⁴⁷⁴, AVEO 16 I⁴⁷⁵ und AVEO 16ter I⁴⁷⁶ als Voraussetzung für die Ausrichtung von Haushaltsentschädigungen nach Lohn- und Verdienstersatzordnung umschrieben wird, so sind nur diejenigen mitarbeitenden männlichen Familienglieder nicht der Verdienstersatzordnung unterstellt, welche einen selbständigen Haushalt im Sinne der erwähnten Bestimmungen führen. Es bleiben somit diejenigen der Verdienstersatzordnung unterstellt, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen, sei es dass sie mit ihrer Familie in der Hausgemeinschaft des Betriebsleiters, sei es dass sie sonstwo ausserhalb dieser Hausgemeinschaft leben, ohne einen selbständigen Haushalt zu führen.

ββ) Die Wendung von AVEO 7 II kann aber auch in einem weiteren Sinne so verstanden werden, dass alle mitarbeitenden männlichen Familienglieder, die mit ihrer Familie ausserhalb der Hausgemeinschaft des Betriebsleiters leben, nicht der Verdienstersatzordnung unterstellt seien, gleichgültig, ob sie einen selbst-

ABO 1 II zu betrachten, oder dass man mindestens auf AVEO 7 II hingewiesen hätte. Vielmehr wird einfach erklärt, wenn gemäss AVEO 7 II mitarbeitende männliche Familienglieder mit selbständigem Haushalt jetzt nicht mehr unter die Verdienstersatzordnung fielen, so könnten sie auch nicht mehr als Familienglieder i. S. von ABO 1 II gelten, müssten somit als landwirtschaftliche Arbeitnehmer Anspruch auf Beihilfen haben (KS 122 des BIGA vom 31. 12. 1946 Ziff II; ZAK 1947, 4). Als ob die Umschreibung des Familiengliedes in AVEO 7 II mit derjenigen von ABO 1 II identifiziert werden könnte! Zu dieser Schlussfolgerung bietet selbst ABO 20 keine Handhabe. Ohne formelle Revision der ABO wird nun durch die Praxis die Bestimmung von ABO 1 II insoweit materiell einschränkend ausgelegt, als mitarbeitende männliche Familienglieder mit selbständigem Haushalt nicht unter den Begriff des Familiengliedes i. S. von ABO 1 II fallen sollen.

⁴⁷⁴ 19. 3. 43 (AS 59, 247)

⁴⁷⁵ 19. 3. 43 (AS 59, 250).

⁴⁷⁶ 19. 3. 43 (AS 59, 250).

ständigen Haushalt im Sinne von VW 7 I (AVEO 16, I, 16^{ter} I) führen, während alle in Hausgemeinschaft mit dem Betriebsleiter lebenden, regelmässig im Betriebe mitarbeitenden männlichen Familienglieder der Verdienstersatzordnung unterstehen würden. —

Wie unter α ausgeführt worden ist, wurde in AVEO 7 II das Requisit „keinen selbständigen Haushalt führen“ deshalb aufgestellt, um den mit ihrer Familie ausserhalb der Hausgemeinschaft des Betriebsleiters lebenden mitarbeitenden männlichen Familiengliedern einerseits einen selbständigen Anspruch auf Lohnausfallentschädigungen zu verschaffen und sie andererseits in den Genuss der finanziellen Beihilfen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer zu bringen. Geht man bei der Interpretation von diesen Zwecken aus, so erscheint mir eigentlich die zweite Auslegung (lit. $\beta\beta$) als naheliegend. Die Erreichung dieser Zwecke sollte nicht davon abhängig gemacht werden, ob die erwähnten Familienglieder einen selbständigen Haushalt im Sinne von VW 7 I bzw. AVEO 16 I oder 16^{ter} I führen; denn diese Voraussetzung ist nur von Bedeutung für die Frage, ob eine Haushaltungsentschädigung (als Teil der Lohn- oder Verdienstauffallentschädigung) ausgerichtet werden kann, sollte also nicht für die grundsätzliche Frage herangezogen werden, ob mitarbeitende männliche Familienglieder der Lohn- oder der Verdienstersatzordnung zu unterstellen seien. Entscheidend sollte deshalb einfach sein, ob das Familienglied mit seiner Frau oder seinen Kindern ausserhalb der Hausgemeinschaft des Betriebsleiters lebt.

Demgegenüber scheint sich die Praxis auf den Boden der engen und wörtlichen Auslegung (lit. $\alpha\alpha$) zu stellen. In einem im Zusammenhang mit der Revision von AVEO 7 II vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit erlassenen Kreisschreiben¹⁷⁷ wird nämlich unter anderem ausgeführt:

„... Männliche mitarbeitende Familienglieder waren bisher der Verdienstersatzordnung unterstellt, gleichgültig ob sie einen selbständigen Haushalt führen oder nicht. Nach der neuen Fassung des Art. 7, Abs. 2, der Ausführungsverordnung zur Verdienstersatzordnung unterstehen sie

¹⁷⁷ KS Nr 122 des BIGA (WS) zur Lohnersatzordnung, vom 31. Dez. 1946, Ziff. 1.

der Verdienstersatzordnung nur noch dann, wenn sie mit dem Betriebsinhaber in Hausgemeinschaft leben. Männliche Familienglieder, die einen selbständigen Haushalt führen, sind deshalb mit Wirkung ab 1. Januar 1947 aus der Verdienstersatzordnung herauszunehmen und der Lohnersatzordnung zu unterstellen.

Der Begriff des selbständigen Haushaltes deckt sich mit jenem des Art. 7, Abs. 1, der Verbindlichen Weisungen. ..."

Diese Ausführungen sind nicht eindeutig. Eingangs wird nämlich erklärt, nur die mit dem Betriebsinhaber in Hausgemeinschaft lebenden mitarbeitenden männlichen Familienglieder seien nunmehr noch der Verdienstersatzordnung unterstellt. Aus dieser Aeusserung könnte man schliessen, das Bundesamt stehe auf dem Standpunkt der unter lit. 2,3 erwähnten Auslegung nach dem Zweck. Doch heisst es aber dann nachher, der Begriff des selbständigen Haushaltes sei nach VW 7 I auszulegen, was auf die wörtliche Interpretation gemäss lit. aa hindeutet. Die beiden Auslegungen schliessen einander jedoch aus, sodass in den Ausführungen des Kreisschreibens ein Widerspruch liegt. Doch ist anzunehmen, dass grundsätzlich die wörtliche Auslegung vertreten wird und dass die Erklärung, nur die mit dem Betriebsinhaber in Hausgemeinschaft lebenden mitarbeitenden männlichen Familienglieder unterständen der Verdienstersatzordnung, sich lediglich als eine falsche Schlussfolgerung erweist⁴⁷⁸, indem übersehen worden ist, dass ein solches Familienglied mit seiner Frau oder seinen Kindern auch ausserhalb der Hausgemeinschaft des Betriebsleiters leben kann, ohne einen selbständigen Haushalt im Sinne von VW 7 I zu führen.

Wenn sich die Praxis — was zu erwarten ist — an die wörtliche Auslegung von AVEO 7 II durch das erwähnte Kreisschreiben hält, so hat dies natürlich die bedauerliche Folge, dass mitarbeitende männliche Familienglieder, die mit ihrer Frau oder ihren Kindern ausserhalb der Hausgemeinschaft des Betriebsleiters leben ohne einen selbständigen Haushalt im Sinne von VW 7 I zu führen, also beispielsweise in einer Pension oder bei Verwandten Unterkunft und Verpflegung erhalten, weder einen selbständigen Anspruch auf Lohnausfallentschädi-

⁴⁷⁸ Gleicher Fehlschluss in ZAK 1947, 4.

gung haben, noch in den Genuss der finanziellen Beihilfen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer gelangen⁴⁷⁹.

Für unsere Betrachtungen über die Voraussetzungen der Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft ist also festzuhalten, dass diese Eigenschaft einem Familienglied nur dann zukommt, wenn es einen selbständigen Haushalt im Sinne von VW 7 I führt. Nach Gesetz und Praxis liegt ein solcher selbständiger Haushalt vor, wenn das betreffende Familienglied „über eine eigene Wohnung mit Kochgelegenheit oder mit Küchenanteil verfügt“⁴⁸⁰ und „wenn darin seine Ehefrau⁴⁸¹ oder ehelichen Kinder⁴⁸² bzw. Adoptiv- oder Pflegekinder des Familiengliedes leben, gleichgültig, in welchem Alter die Kinder stehen“.⁴⁸³ Dabei nimmt eine bloss vorübergehende Abwesenheit dieser Personen von der häuslichen Gemeinschaft dem Haushalt noch nicht den Charakter eines „selbständigen Haushaltes“⁴⁸⁴.

ff) Nach der Rechtsprechung kann unter einem mitarbeitenden männlichen Familienglied nur jemand verstanden werden, der soweit arbeitsfähig ist, dass er seinen Lebensunterhalt selbst verdienen kann. So besitzt beispielsweise ein anormaler Sohn, welcher mehr zur Pflege und

⁴⁷⁹ Angesichts des auch auf dem Lande zurzeit herrschenden Wohnungsmangels wird man kaum einwenden können, solche Fälle kämen in landwirtschaftlichen Verhältnissen praktisch nicht vor und könnten deshalb unberücksichtigt bleiben.

⁴⁸⁰ KS 122 (zit. N 477) Ziff. I Abs. 2; KS Nr. 28 des BIGA vom 19. April 1943 zur LEO und VEO, A I 2.

⁴⁸¹ Zusammenleben mit einer nicht angetrauten Frau begründet keinen „selbständigen Haushalt“ i. S. von VW 7 I (AKL 23, ZLV 1941, 5; AKL 90, ZLV 1941, 195; AKL 110, Erw. 1, ZLV 1941, 266; AKL 173, Erw. 1, ZLV 1942, 184; AKL 205, Erw. 1, ZLV 1942, 322; AKL 230, ZLV 1942, 413; AKL 406, Erw. 2, ZLV 1944, 69).

⁴⁸² Die Praxis der Eidg. Aufsichtskommissionen stellt mit Berufung auf ZGB 325 II freiwillig anerkannte aussereheliche Kinder (ZGB 303) den ehelichen gleich (AKV 441, Erw. 2, ZLV 1944, 509; AKL 651, Erw. 2, ZLV 1946, 184; AKV 567, Erw. 1, ZLV 1946, 247). Dasselbe muss für die mit Standesfolge zugesprochenen ausserehelichen Kinder gelten (ZGB 323).

⁴⁸³ VW 7 I Satz 1 (19. 3. 43, AS 59, 247).

⁴⁸⁴ VW 7 I Satz 2 (19. 3. 43, AS 59, 247). Vgl. dazu AKL 110, Erw. 2, ZLV 1941, 266; AKL 359, Erw. 2, ZLV 1943, 412; AKL 511, ZLV 1944, 459; AKL 557, ZLV 1945, 222; AKV 567, Erw. 1, ZLV 1946, 247).

Therapie beschäftigt wird, ohne dass er nennenswerte Arbeitsleistungen vollbringt, nicht die Eigenschaft eines mitarbeitenden männlichen Familiengliedes im Sinne der Sonderregelung⁴⁸⁵. Dagegen genügt eine Teilinvalidität nicht, da es gerade in landwirtschaftlichen Betrieben immer Arbeiten gibt, die trotz Behinderung verrichtet werden können⁴⁸⁶.

b) In sachlicher Hinsicht wird für die Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft vorausgesetzt, dass die betreffende Person in einem landwirtschaftlichen Betrieb, der vom Betriebsinhaber selbst bewirtschaftet wird, regelmässig landwirtschaftliche Arbeiten verrichtet.

aa) Es muss sich um die Tätigkeit in einem landwirtschaftlichen Betrieb im Sinne der Verdienstersatzordnung handeln. Der Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes wird in der Verdienstersatzordnung nicht definiert. Das Gesetz begnügt sich mit einer rein kasuistischen und keineswegs erschöpfenden Aufzählung der landwirtschaftlichen Betriebszweige in der Ausführungsverordnung, die durch die Praxis ergänzt worden ist⁴⁸⁷. Im Einzelfall wird deshalb die Verkehrsauffassung zu entscheiden haben, ob ein Betrieb den Charakter eines landwirtschaftlichen Betriebes aufweist. Festzuhalten ist noch, dass landwirtschaftliche Kleinbetriebe, deren Gesamtfläche weniger als 50 Aren oder deren Tierbestand weniger als eine sog. Grossvieheinheit

⁴⁸⁵ **AKV 268**, Erw. 1, ZLV 1943, 288.

⁴⁸⁶ **AKV 514**, ZLV 1945, 433.

⁴⁸⁷ Unter den Begriff „Landwirtschaft“ im Sinne der VEO fallen alle landwirtschaftlichen Betriebszweige und Nebengewerbe mit Einschluss der Privatwälder, gleichgültig, ob sie im Rahmen eines bäuerlichen Heimwesens geführt werden oder nicht (AVEO 2 I [25.3.44, AS 60, 216]). Als landwirtschaftliche Betriebszweige gelten insbesondere der Acker-, Getreide-, Hackfrucht-, Gemüse- und Tabakbau, der Obst-, Wein- und Beerenbau, die Viehhaltung, Viehzucht und Viehmästerei mit Einschluss der Schweinemästerei, die Geflügelhaltung sowie die Bienen-, Fisch- und Pelztierzucht (AVEO 2 II [25.3.44, AS 60, 216]), ferner die Gemüsesamenzucht (Ausk. 120, ZLV 1945, 79). Als Betriebe der Fischzucht gelten die Aufzucht und Mast von Fischen in Teichen oder andern geschlossenen Gewässern sowie die Fischbrutanstalten (KS 60 des BIGA vom 19. 7. 44, A I 1).

Ueber die Abgrenzung zwischen landwirtschaftlichen und gewerblichen Betrieben, insb. bei Gärtnereien und andern Betrieben der Pflanzenzucht vgl. KS 60, A I 2.

beträgt, von Gesetzes wegen nicht als Landwirtschaftsbetrieb im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten⁴⁸⁸.

bb) Die Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft kommt nur in Familien zur Anwendung, deren Haupt das landwirtschaftliche Gut als Inhaber (Eigentümer, Pächter oder Nutzniesser) auf eigene Rechnung und Gefahr selbst betreibt und deshalb als Selbständigerwerbender der Verdienstersatzordnung unterstellt ist, nicht dagegen in den Fällen, in denen das Familienhaupt nicht selbst Inhaber des Gutes ist, sondern vom Inhaber als Verwalter des Gutes angestellt und dafür entlohnt wird (sog. Verwalterbetriebe), dem dann gilt er als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung, wie dies im Gesetz noch ausdrücklich statuiert wird⁴⁸⁹. Seine im Betriebe mitarbeitenden männlichen Familienangehörigen stehen dann entweder zu ihm selbst in einem Dienstverhältnis, wobei VW 2 I zur Anwendung kommt, oder sie sind neben ihm ebenfalls direkt die Angestellten des Betriebsinhabers und können somit nach den allgemeinen Bestimmungen der Lohnersatzordnung die Arbeitnehmereigenschaft besitzen. Dasselbe gilt, wenn der Betrieb von einem sogenannten Einwerker bewirtschaftet wird, der in der Regel in einem Gesamttakkordverhältnis steht und entlohnt wird, wobei er seine Hilfskräfte selbst zu entschädigen hat⁴⁹⁰.

cc) Erforderlich ist, dass die mitarbeitenden männlichen Familienglieder im Betrieb regelmässig tätig sind⁴⁹¹. Als regelmässige

⁴⁸⁸ AVEO 2 III Satz 1 (25. 3. 44; AS 60, 216).

⁴⁸⁹ Vfg. 46 Art. 2:

„Betriebe, die von einem besoldeten Verwalter, Bewirtschafter oder Einwerker geführt werden, haben nur den Betriebsbeitrag zu entrichten. Das gesamte Personal mit Einschluss des Verwalters ist dagegen der Lohnersatzordnung unterstellt.“

Dem letzten Satz kann allerdings nicht der Charakter einer ausschliesslich geltenden Norm zukommen, wie dies beispielsweise für Art. 9 I der Vfg. 48 zutrifft, wonach männliche mitarbeitende Familienglieder im Gewerbe von Gesetzes wegen ausdrücklich die Arbeitnehmereigenschaft haben (vgl. hinten vor N 537); vielmehr ist hier im Einzelfall zu prüfen, ob die allgemeinen Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft erfüllt sind.

⁴⁹⁰ KS 60 des BIGA vom 19. 7. 44, C IV.

⁴⁹¹ VEO 3 I Satz 1 (26. 3. 45; AS 61, 165; Wortlaut vorn N 444); VEO 7 I (14. 6. 40; AS 56, 920; Wortlaut hinten nach N 496).

Tätigkeit gilt eine Arbeitsleistung von mindestens 180 Kalendertagen im Jahr, wobei die Zeit des geleisteten Militärdienstes auf die 180 Tage anzurechnen ist⁴⁹².

dd) Die Tätigkeit der mitarbeitenden männlichen Familienglieder muss in der Verrichtung von landwirtschaftlichen Arbeiten bestehen⁴⁹³. Wenn deshalb ein männliches Familienglied in einem dem Landwirtschaftsbetrieb angeschlossenen Gewerbebetrieb (z. B. Fuhrhaltereie) tätig ist, so gilt es nicht als mitarbeitendes Familienglied in der Landwirtschaft, sondern als solches im Gewerbe (vgl. hinten B). Sofern es zugleich in beiden Betrieben tätig ist, ist diejenige Tätigkeit massgebend, für die es den grösseren Teil der Zeit aufwendet⁴⁹⁴. Ueber die Frage, welche Tätigkeit in einem Landwirtschaftsbetrieb ohne gewerblichen Nebenbetrieb nicht als landwirtschaftliche Arbeit zu bewerten ist, hat die Verkehrsauffassung zu entscheiden.

3. Ausschiesslichkeit

a) Als letztes Problem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft zur allgemeinen Regelung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-eigenschaft in Verwandtschaftsverhältnissen im Sinne von VW 2 I, wie sie vorn Ziff. I umrissen wurde. Diese Frage ist historisch zu erklären; heute weisen nur noch die — in dieser Beziehung irre-führenden — Bestimmungen von VEO 7 I⁴⁹⁵ und AVEO 12 lit. b⁴⁹⁶ darauf hin, welche folgenden Wortlaut haben:

VEO 7 I: „Die Beiträge in der Landwirtschaft bestehen aus einem Betriebsbeitrag und einem Kopfbeitrag für jedes neben dem Betriebsleiter regelmässig im Betriebe mitarbeitende männliche, nicht der Lohnersatzordnung unterstehende Familienglied von 18 bis 60 Jahren.“ (Sperrung vom Verfasser.)

⁴⁹² AVEO 7 II (24. 12. 46; AS 62, 1175; Wortlaut vorn N 448); **AKV 425**, ZLV 1944, 414.

⁴⁹³ AVEO 7 II Satz 1 (24. 12. 46; AS 62, 1175; Wortlaut N 448).

⁴⁹⁴ KS 60 des BIGA vom 19. 7. 44, C III 1.

⁴⁹⁵ 14. 6. 40 (AS 56, 920).

⁴⁹⁶ 25. 6. 40 (AS 56, 977).

AVEO 12 lit. b: „Der Betriebsleiter eines landwirtschaftlichen Betriebes hat Anspruch auf eine Verdienstausfallentschädigung:

a. ...

b. wenn ein regelmässig im Betriebe mitarbeitendes männliches, der Lohnersatzordnung nicht unterstehendes Familienglied Militärdienst leistet.“ (Sperrung vom Verfasser.)

Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft nur dann Anwendung finde, wenn diese Personen nicht die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung erfüllen.

Ursprünglich war dies auch tatsächlich der Fall. Solche Personen waren nicht schlechthin der Verdienstersatzordnung unterstellt, sondern nur dann, wenn sie gemäss VW 2 I nicht nachweisbar in einem Dienstverhältnis standen und somit nicht der Lohnersatzordnung unterstellt werden konnten⁴⁹⁷. Das ergibt sich aus den ursprünglich geltenden Fassungen von VEO 3 I und AVEO 7 II, welche folgenden Wortlaut hatten:

alt VEO 3 I⁴⁹⁸:

„Anspruch auf eine Verdienstausfallentschädigung für Selbständig-erwerbende hat in der Landwirtschaft der Betriebsleiter für sich und für die regelmässig im Betriebe mitarbeitenden männlichen, dem Bundesratsbeschluss vom 20. Dezember 1939 ... (Lohnersatzordnung) nicht unterstehenden Familienglieder.“ (Sperrung vom Verfasser.)

alt AVEO 7 II⁴⁹⁹:

„Als regelmässig mitarbeitende Familienglieder gelten Männer im Alter von 18—60 Jahren, die der Lohnersatzordnung nicht unterstehen und im Jahr mindestens während 180 Kalendertagen neben dem Betriebsleiter im Betriebe tätig sind.“ (Sperrung vom Verfasser.)

⁴⁹⁷ Der Begriff des mitarbeitenden Familiengliedes war deshalb hinsichtlich des Verwandtschaftsgrades identisch mit dem Begriff des Familienangehörigen im Sinne von VW 2 I; er war somit enger gefasst als nach geltendem Recht (vorn 2 a aa).

⁴⁹⁸ 14. 6. 40 (AS 56, 918).

⁴⁹⁹ 25. 6. 40 (AS 56, 976).

Sämtliche Bestimmungen über die Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung von mitarbeitenden männlichen Familiengliedern in der Landwirtschaft enthielten somit ursprünglich den Vorbehalt der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung, d. h. das Fehlen der Arbeitnehmereigenschaft war eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung der Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft.

Diese Ordnung stellte sich jedoch bald als unbillig heraus. Sie hatte nämlich zur Folge, dass ein männliches Familienglied, je nachdem es einen Barlohn bezog oder nicht, im ersten Falle als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung⁵⁰⁰ und im zweiten Falle als mitarbeitendes männliches Familienglied im Sinne der Verdienstersatzordnung qualifiziert wurde. Da jedoch die Ansätze für die Beiträge und Entschädigungen in der Lohnersatzordnung ganz verschieden von denjenigen in der Verdienstersatzordnung waren, ergab sich eine ungleiche Behandlung der verschiedenen männlichen Familienglieder, die sich nicht nur von Familie zu Familie, sondern auch innerhalb ein und derselben Familie mit mehreren Söhnen ungerecht auswirkte, und zwar in erster Linie mit Bezug auf die Anspruchsberechtigung⁵⁰¹. Bezog nämlich beispielsweise ein lediger Sohn für seine Mitarbeit im väterlichen Landwirtschaftsbetrieb einen Barlohn, so konnte er als Arbeitnehmer nach der Lohnersatzordnung gemäss den ursprünglich geltenden Ansätzen nur auf 50 Rappen Lohnausfallentschädigung pro Tag Anspruch erheben⁵⁰², während für einen andern Sohn, dem kein Barlohn ausgerichtet wurde, als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft nach der Verdienstersatzordnung ein Anspruch auf eine tägliche Verdienstaufschüttung von 1 Franken bestand⁵⁰³. Damit waren die Familienbetriebe, in denen den ledigen männlichen Familiengliedern kein Barlohn ausbezahlt wurde, offensichtlich besser gestellt gegenüber andern Familien, in denen die ledigen Söhne ausser dem Unterhalt auch Barlohn bezogen. Bei verheirateten Söhnen ergaben sich wiederum andere Unbilligkeiten.

Aus diesen Gründen wurde das ganze Problem mit Wirkung ab

⁵⁰⁰ Vgl. vorn bei N 413 und nach N 418.

⁵⁰¹ StenBull StR 1941, 128, Votum Hefti.

⁵⁰² alt LEO 3 VII (20. 12. 39; AS 55, 1507).

⁵⁰³ alt VEO 3 III c (14. 6. 40; AS 56, 918).

1. April 1941 neu geregelt⁵⁰⁴. Seither fallen nun sämtliche mitarbeitenden männlichen Familienglieder in Landwirtschaftsbetrieben unter die Sonderregelung der Verdienstersatzordnung ohne Rücksicht darauf, ob sie gegebenenfalls als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung gelten könnten⁵⁰⁵. Die Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft schliesst somit die Arbeitnehmereigenschaft schlechthin aus, sodass die Frage, ob eine solche Person nach VW 2 I nachweisbar in einem Dienstverhältnis steht oder nicht, für die Anwendung der Sonderregelung überhaupt ohne Bedeutung ist; d. h. VW 2 I kommt für Personen, welche die Voraussetzungen der Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied (vorstehend Ziff. 2) erfüllen, gar nicht mehr zur Anwendung. Damit wird die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in persönlicher Hinsicht durch diese Sonderregelung der Verdienstersatzordnung wesentlich eingeschränkt.

Formell erfolgte diese Abänderung ursprünglich bloss durch eine Aenderung des Wortlautes von alt AVEO 7 II in einer Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements⁵⁰⁶, indem einfach die Worte: „...die der Lohnersatzordnung nicht unterstehen...“ weggelassen wurden. Da es sich dabei materiell um eine Abänderung und nicht bloss um die Ausführung der Verdienstersatzordnung handelte, könnte die Frage aufgeworfen werden, ob das Volkswirtschaftsdepartement überhaupt dazu befugt war, ob nicht vielmehr der Bundesrat als Gesetzgeber der Verdienstersatzordnung zuständig gewesen wäre. Diese Kompetenzfrage mag jedoch offen bleiben, da das Vorgehen des Volkswirtschaftsdepartements nachträglich durch eine Bestimmung in der Verdienstersatzordnung — allerdings auf indirekte Weise — doch sanktioniert wurde. Durch Revision von VEO 3 IV⁵⁰⁷ wurde nämlich bei der Verdienstausschüttung in der Landwirtschaft neben der

⁵⁰⁴ Vgl. N 506.

⁵⁰⁵ Wegleitung des BIGA über die Veranlagung der Landwirtschaftsbetriebe vom 15. 5. 41, B II 1 (aufgeh.); KS 60 des BIGA vom 19. 7. 44, C III 1; **AKV 503**, Erw. 2, ZLV 1945, 358; **AKV 521**, Erw. 1, ZLV 1945, 484.

⁵⁰⁶ Alt Vfg. Nr. 17 des EVD zur Verdienstersatzordnung vom 2. 4. 41, Art. 11 II (AS 57, 350), ersetzt durch AVEO 7 II in der aufgehobenen Fassung vom 25. 3. 44 (AS 60, 219).

⁵⁰⁷ 24. 2. 42 (AS 58, 178); aufgeh.

Betriebsbeihilfe und den Kinderzulagen eine **H a u s h a l t u n g s z u l a g e** neu eingeführt und bestimmt, dass letztere für ein verheiratetes männliches mitarbeitendes Familienglied ausgerichtet werde, sofern es einen eigenen Haushalt führe. Wenn aber ein Familienglied nicht mehr im Haushalt des Betriebsleiters lebt, sondern einen eigenen Haushalt führt und dafür aufkommen muss, so ist anzunehmen, dass es einen **Barlohn** bezieht, sodass es nach der ursprünglichen Regelung⁵⁰⁸ als Arbeitnehmer hätte der Lohnersatzordnung unterstellt werden müssen; denn die Arbeitnehmereigenschaft von Familienangehörigen ist nach der Praxis durch Barlohnbezug erwiesen (vgl. vorn bei N 413).

Da nun also, wie erwähnt, in der Verdienstersatzordnung eine **H a u s h a l t u n g s z u l a g e** für mitarbeitende männliche Familienglieder eingeführt wurde, so kann daraus geschlossen werden, dass auch mitarbeitende männliche Familienglieder, die einen Barlohn beziehen, der Verdienstersatzordnung zu unterstellen waren ohne Rücksicht darauf, dass sie durch den Barlohnbezug als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung qualifiziert waren. Die AKV hatte denn auch anfänglich die Ausschliesslichkeit der Sonderregelung aus der soeben erwähnten Bestimmung von alt VEO 3 IV und nicht etwa aus der Verfügung des Volkswirtschaftsdepartements abgeleitet⁵⁰⁹. Zwar ist aus der Begründung der Entscheidung nicht näher ersichtlich, wieso die AKV die Ausschliesslichkeit aus VEO 3 IV ableitet, doch kann, wenn sich die AKV auf diese Bestimmung beruft, die Begründung dafür wohl nur so aufgefasst werden, wie das soeben dargelegt wurde.

Erst viel später wurde wenigstens eine der beiden für die Frage der Ausschliesslichkeit entscheidenden Bestimmungen der Verdienstersatzordnung (VEO 3 I und 7 I), nämlich VEO 3 I⁵¹⁰ formell revidiert, sodass ihr geltender Wortlaut den Vorbehalt der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung nicht mehr enthält. Dagegen ist bis heute die entsprechende Revision der nunmehr — wie schon eingangs erwähnt — irreführenden Fassungen von VEO 7 I und AVEO 12 b unterblieben.

b) Es erscheint als selbstverständlich, dass die Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft die

⁵⁰⁸ Alt VEO 3 I (14. 6. 40; AS 56, 918); alt AVEO 7 II (25. 6. 40; AS 56, 976); im Wortlaut zit. vorn nach N 497.

⁵⁰⁹ **AKV 204**, ZLV 1942, 433.

⁵¹⁰ 26. 3. 45 (AS 61, 165).

Arbeitnehmereigenschaft nur dann ausschliesst, wenn die Voraussetzungen zu ihrer Anwendung, wie sie vorn Ziff. 2 dargestellt wurden, erfüllt sind. Daraus folgt, dass die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft weiterhin bei Familienangehörigen besteht, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, wobei VW 2 I zur Anwendung kommt, falls es sich um nahe Verwandte im Sinne dieser Bestimmung handelt (vorn I B 2). Das wird in erster Linie für alle mitarbeitenden weiblichen Familienglieder zutreffen.

Die AKL hat jedoch die Ausschliesslichkeit der Sonderregelung in einer neueren grundsätzlichen Entscheidung⁵¹¹ ausgedehnt und damit die Arbeitnehmereigenschaft weiterhin eingeschränkt, indem sie die Arbeitnehmereigenschaft auch den mitarbeitenden männlichen Familiengliedern unter 18 bzw. über 60 Jahren nicht zuerkennt. Sie vertritt den Standpunkt, dass die Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft als abschliessende Ordnung für alle diese Personen betrachtet werden müsse, auch wenn sie unter 18 oder über 60 Jahre alt sind, dass sie also die Arbeitnehmereigenschaft dieser Familienglieder ohne Rücksicht auf ihr Alter schlechthin ausschliesse. Nun wird aber in den Bestimmungen der Verdienstersatzordnung über die Beitragspflicht solcher Personen in eindeutiger Weise statuiert, dass die Kopfbeiträge nur für mitarbeitende männliche Familienglieder zwischen 18 und 60 Jahren zu entrichten seien⁵¹², dagegen fehlt die Beschränkung auf diese Jahrgänge in den Vorschriften über die Anspruchsberechtigung⁵¹³.

Mit Recht stützt sich die AKL in ihrer Begründung allerdings nicht auf diese letzteren Bestimmungen, aus denen der Schluss gezogen werden könnte, ein Anspruch auf Verdienstaussfallentschädigung bestehe auch für mitarbeitende männliche Familienglieder unter 18 bzw. über 60 Jahren; denn es ist klar, dass die Beschränkung der Beitragspflicht auf die 18- bis 60-Jährigen in analoger Weise auch für den Anspruch auf Verdienstaussfallentschädigung gilt, da es dem ganzen Sinn der Ausgleichsordnung widersprechen würde, wenn gewisse Per-

⁵¹¹ AKL 663, Erw. 1, ZLV 1946, 282. Vgl. dazu auch die Abh. ZAK 1947, 102.

⁵¹² VEO 7 I (14. 6. 40; AS 56, 920), vgl. Wortlaut vorn nach N 496; AVEO 7 II (24. 12. 46; AS 62, 1175; Wortlaut N 448).

⁵¹³ VEO 3 I Satz 1 (26. 3. 45, AS 61, 165); AVEO 12 lit. b (25. 6. 40, AS 56, 977), vgl. Wortlaut vorn nach N 496.

sonen keine Beiträge zu bezahlen hätten, aber dennoch Entschädigungen beziehen könnten. Vielmehr macht die AKL in ihren Erwägungen geltend, dass, würde man die Regelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft nicht als abschliessende Ordnung für alle ohne Rücksicht auf ihr Alter betrachten, solche Personen unter 18 bzw. über 60 Jahren gegebenenfalls mehr an Beiträgen nach der Lohnersatzordnung zu bezahlen hätten, als der Kopfbeitrag nach der Verdienstersatzordnung für 18- bis 60jährige männliche Familienglieder betrage. Dieses unlogische Resultat könne nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, der mit der Unterstellung der mitarbeitenden männlichen Familienglieder unter die Verdienstersatzordnung die landwirtschaftlichen Arbeitskräfte offensichtlich habe begünstigen wollen. Der Grund, weshalb nach AVEO 7 II als mitarbeitende Familienglieder nur Männer im Alter von 18 bis 60 Jahren gelten, sei offenbar darin zu suchen, dass Familienglieder unter 18 und über 60 Jahren in der Regel keine beachtenswerte Arbeitskraft im Betrieb darstellen, auch wenn sie mitarbeiten und dafür eine Entschädigung beziehen.

Mit dieser Entscheidung ist das Ausmass der Ausschliesslichkeit der Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft bereits präjudiziert. Es fragt sich jedoch, ob die AKL damit nicht über die gesetzlichen Vorschriften hinausgegangen ist; denn das Gesetz ist, wenigstens in den Bestimmungen über die Beitragspflicht dieser Personen, eindeutig. Die Ausschliesslichkeit kann sich somit nur auf Familienglieder von 18—60 Jahren beziehen. Schon rein formell ist die Entscheidung deshalb anfechtbar. Aber auch materiell erscheint die Begründung nur auf den ersten Blick einleuchtend, denn diese Betrachtungsweise bringt andere Unbilligkeiten mit sich. Schliesst man nämlich entsprechend der Auffassung der AKL die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft auch von mitarbeitenden männlichen Familiengliedern unter 18 bzw. über 60 Jahren aus, so werden diese Personen gegenüber allen übrigen Arbeitnehmern dieses Alters und vor allem gegenüber den weiblichen mitarbeitenden Familiengliedern bevorzugt, wie die AKL übrigens selbst festgestellt hat, da dann jene Personen weder nach der Lohnersatzordnung noch nach der Verdienstersatzordnung beitragspflichtig sind. Ob es sich rechtfertigt, diese Bevorzugung gegenüber der von der AKL angeführten Unbilligkeit in

Kauf zu nehmen, möchte ich bezweifeln. Damit erscheint auch die von der AKL in der betreffenden Entscheidung aufgestellte Forderung, diese Bevorzugung durch eine Revision der gesetzlichen Bestimmungen zu beseitigen, als unangebracht, da der für die Revision angeführte Grund, nämlich die ungleiche Behandlung mitarbeitender männlicher und weiblicher Familienglieder, einzig auf die Stellungnahme der AKL zurückzuführen ist und bei gegenteiliger Auslegung des Gesetzes, wie sie vom Verfasser vertreten wird, gar nicht besteht.

B. Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied im Gewerbe

1. Gründe und Ausgestaltung im Gesetz

a) Die Gründe, die zur Schaffung einer weiteren Sonderregelung für bestimmte Verwandtschaftsverhältnisse, nämlich für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe, geführt haben, liegen wiederum in der die Arbeitnehmereigenschaft von Verwandten einschränkenden Bestimmung von VW 2 I. Vor dem Inkrafttreten der Verdienstersatzordnung galt diese Bestimmung uneingeschränkt. Die Verdienstersatzordnung brachte dann die Unterstellung der mitarbeitenden männlichen Familienglieder in der Landwirtschaft unter die Verdienstersatzordnung und schloss damit deren Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung aus. Da jedoch VW 2 I für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe weiterhin Geltung hatte und diese Personen somit vom Bezug einer Lohnausfallentschädigung ausgeschlossen waren, sofern sie nicht nachweisbar in einem Dienstverhältnis standen, erschien eine besondere Regelung als dringlich, um auch diesen Fällen gerecht zu werden⁵¹⁴.

b) Auf welche Weise erfolgte nun die Ausgestaltung dieser Sonderregelung im Gesetz? Von einer gleichen Regelung, wie sie

⁵¹⁴ Nicht stichhaltig scheint mir die in **AKL 538**, ZLV 1946, 49 vertretene Begründung zu sein, der Gesetzgeber habe aus **Solidaritätsgründen** die Beitragspflicht auch auf die Familienglieder im Gewerbe ausdehnen wollen; denn wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, so hätte keine Veranlassung bestanden, nur die männlichen Familienangehörigen zu erfassen. Der gesetzgeberische Grund kann deshalb wohl nur in der Anspruchsberechtigung liegen.

für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft gilt, d. h. der Schaffung einer Betriebsbeihilfe als Entschädigung für das im Militärdienst abwesende Familienglied und von festen Kopfbeiträgen bei der Beitragspflicht, ist abgesehen worden. Es hat den Anschein, dass man in Gewerbekreisen eine solche Regelung gar nicht wollte⁵¹⁵. Das Problem wurde gesetzgeberisch in der Weise gelöst, dass man einfach die Bestimmungen der Lohnersatzordnung über die Beitragspflicht und die Anspruchsberechtigung ausdrücklich auf mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe anwendbar erklärte, und zwar in ausschliesslichem Sinne (vgl. hinten Ziff. 3). Diese ursprünglich in alt Vfg. 9 Art. 9 Satz 1 statuierte Regelung ist am 1. September 1940 in Kraft getreten⁵¹⁶ und lautet nunmehr in der geltenden Fassung von Vfg. 48 Art. 9 I folgendermassen:

„Mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe, welche Bar- oder Naturallohn beziehen, unterstehen hinsichtlich der Beitragspflicht und der Bezugsberechtigung der Lohnersatzordnung.“

Die Vfg. 48 ist eine Vollzugsverfügung des EVD zur Verdienstersatzordnung über die Veranlagung der Gewerbetreibenden. Daraus ergibt sich, dass es sich bei der soeben zitierten Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe um eine Regelung im Rahmen der Verdienstersatzordnung handelt. Der Zweck ist denn auch derselbe wie bei der Sonderregelung in der Landwirtschaft: Schutz des gewerblichen Familienbetriebes vor den wirtschaftlich nachteiligen Folgen der Abwesenheit eines mitarbeitenden Familiengliedes im Militärdienst; lediglich das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist anders: Statt ein besonderes Beitrags- und Entschädigungssystem im Rahmen der Verdienstersatzordnung aufzustellen, werden einfach die Bestimmungen der Lohnersatzordnung für anwendbar erklärt, obschon die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung nicht erfüllt sein müssen, d. h. — sofern es sich um nahe Verwandte handelt — gemäss VW 2 I ein

⁵¹⁵ Vgl. Beantwortung der Kleinen Anfrage Rittmeyer vom 22.9.41 durch den Bundesrat am 1.12.41 im Nationalrat, ZLV 1943, 260.

⁵¹⁶ Alt Vfg. Nr. 9 des EVD zur Verdienstersatzordnung vom 31.8.40 (AS 56, 1460; später abgeändert durch Vfg. 39 vom 29.7.43, AS 59, 606, aufgehoben und ersetzt durch Vfg. 48) Art. 13 I.

Dienstverhältnis nicht nachgewiesen zu werden braucht. Zwar heisst es in Vfg. 48 Art. 9 I wörtlich, dass die betreffenden Personen hinsichtlich der Beitragspflicht und der Bezugsberechtigung der Lohnersatzordnung unterstellt seien. Dieser Wortlaut ist jedoch irreführend; richtigerweise will die Bestimmung nur sagen, dass sich die Beitragspflicht und die Bezugsberechtigung der mitarbeitenden männlichen Familienglieder nach den Bestimmungen der Lohnersatzordnung richten⁵¹⁷. Solche Personen sind somit formell nicht der Lohnersatzordnung, sondern der Verdienstersatzordnung unterstellt, was sich aus der ratio der ganzen Sonderregelung ergibt.

Die Rechtsprechung hat denn auch von Anfang an festgestellt, dass sich nur das Mass der Beiträge und der Entschädigungen nach der Lohnersatzordnung richte, dass dagegen die grundsätzliche Frage der Voraussetzungen für die Leistungen eine Frage der Anwendung der Verdienstersatzordnung auf das Gewerbe darstelle⁵¹⁸; das gilt vor allem bezüglich der Frage, ob eine Person tatsächlich mitarbeitendes männliches Familienglied in einem gewerblichen Betriebe ist⁵¹⁹. Ferner ergibt sich die wichtige Schlussfolgerung aus dieser Feststellung, dass der Anspruch auf die Lohnausfallentschädigung bei Militärdienstleistung des mitarbeitenden männlichen Familiengliedes nicht diesem selbst zusteht, wie dies sonst nach der Lohnersatzordnung für Arbeitnehmer ausdrücklich statuiert ist⁵²⁰, sondern grundsätzlich dem Leiter des gewerblichen Betriebes⁵²¹; denn nur dann wird der mit der ganzen Sonderregelung verfolgte Zweck der Verdienstersatzordnung — Schutz des gewerblichen Familienbetriebes vor den wirtschaftlich nachteiligen Folgen der Abwesenheit von Familienangehörigen im Militärdienst — überhaupt erreicht. Immerhin erscheint es als selbstverständlich, dass dem Familienglied, insbesondere dem verheirateten mit eigenem Haushalt, ein angemessener Anteil an der Lohn-

⁵¹⁷ **AKV 118**, Erw. 2, ZLV 1942, 91; **AKL 252**, Erw. 2, ZLV 1943, 37; **AKV 235**, ZLV 1943, 138.

⁵¹⁸ **AKL 97**, Erw. 2, ZLV 1941, 255; **AKL 199**, ZLV 1942, 280; **AKL 252**, Erw. 2, ZLV 1943, 37; **AKV 118**, Erw. 1, ZLV 1942, 90; **AKV 172**, Erw. 2, ZLV 1942, 288; **AKV 234**, Erw. 1, ZLV 1943, 137.

⁵¹⁹ **AKL 252**, Erw. 2, ZLV 1943, 38.

⁵²⁰ LEO 2 I (28.1.44; AS 60, 121).

⁵²¹ Analog den Bestimmungen der Verdienstersatzordnung für landwirtschaftliche Betriebe; vgl. Zitate vorn N 455 und 456.

ausfallentschädigung gebührt. Das Gesetz enthält in dieser Beziehung eine Lücke.

Diese formelle Gestaltung der Sonderregelung hat zur Folge, dass für die Beurteilung von Streitigkeiten über die grundsätzliche Frage der Voraussetzungen der Beitragspflicht oder Anspruchsberechtigung solcher Personen die Organe der Verdienstersatzordnung zuständig sind⁵²². Darüber hinaus hatten die Präsidenten der beiden Aufsichtskommissionen für die Lohn- bzw. Verdienstersatzordnung in gegenseitigem Meinungsaustausch⁵²³ über die Zuständigkeit vereinbart, dass die Eidgenössische Aufsichtskommission für die Verdienstersatzordnung, wenn die grundsätzliche Frage der Beitragspflicht oder Anspruchsberechtigung im Streite liege, auch gleichzeitig über das allenfalls streitige Ausmass der Entschädigungen oder Beiträge befinde⁵²⁴. Diese Kompetenzfrage ist übrigens nunmehr gesetzgeberisch in Vfg. 48 Art. 9 IV geregelt, wo bestimmt wird, dass für die Beurteilung von Streitigkeiten über die Anwendung der Bestimmungen für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe in allen Fällen die Organe der Verdienstersatzordnung zuständig sind.

2. Voraussetzungen

a) In persönlicher Hinsicht muss es sich für die Anwendung der Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe um Personen männlichen Geschlechts handeln, die in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnis zum Betriebsleiter stehen.

aa) Der Verwandtschaftsgrad wird im Gesetz nicht umschrieben; auch ein entsprechender Hinweis auf die in der Landwirtschaft geltende Umschreibung von AVEO 7 III⁵²⁵ fehlt. Es besteht jedoch kein Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber den Verwandtschaftsgrad für mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft einerseits und im Gewerbe andererseits verschieden regeln wollte. Nach der Praxis gilt deshalb die Umschreibung des Verwandt-

⁵²² Vgl. Zitate N 518

⁵²³ Geschäftsreglement der eidgenössischen Aufsichtskommissionen für die Lohn- und Verdienstersatzordnung vom 8.6.44 24.3.45 (AS 60, 398 61, 200) Art. 3 II Satz 2

⁵²⁴ AKV 380, Erw. 1, ZLV 1944, 170; AKL i. Sa. L. vom 9.2.44.

schaftsgrades in AVEO 7 III in analoger Weise auch für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe⁵²⁶. Eine Wiederholung dieser Umschreibung erübrigt sich, es sei auf die früheren Ausführungen unter A 2 a aa verwiesen.

bb) Die Frage, welche unter den in einem gewerblichen Betriebe tätigen männlichen Familiengliedern als „mitarbeitende“ im Sinne der Sonderregelung von Vfg. 48 Art. 9 I zu gelten haben, bestimmt sich darnach, wer als Betriebsleiter im Sinne der Verdienstersatzordnung bezeichnet ist (darüber hinten C 1). Als mitarbeitende Familienglieder im Sinne der Sonderregelung sind dann alle diejenigen männlichen Familienangehörigen zu betrachten, die neben dem Betriebsleiter im Betriebe tätig sind.

b) In sachlicher Hinsicht ist erforderlich, dass die mitarbeitenden männlichen Familienglieder in einem gewerblichen, vom Inhaber selbst geführten Betrieb tätig sind.

aa) Es muss sich um einen Gewerbebetrieb im Sinne der Verdienstersatzordnung handeln. Der Begriff des Gewerbes wird im Gesetz nur negativ umschrieben⁵²⁷ und ist in einem weiteren als dem sonst üblichen Sinne zu verstehen; denn darunter fällt jede selbständige Erwerbstätigkeit, die weder der Landwirtschaft noch den liberalen Berufen angehört, d. h. also Industrie, Handwerk, Handel und verwandte Wirtschaftszweige⁵²⁸. Ein Betrieb mit besonderen Räumlichkeiten und Einrichtungen ist nicht erforderlich; der Verdienstersatzordnung unterstehen auch Gewerbetreibende ohne Betrieb.

Ist einem gewerblichen Betrieb ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb angeschlossen, so unterstehen dort beschäftigte männliche Familienglieder nicht der im Gewerbe, sondern der in der Landwirtschaft geltenden Sonderregelung (vorn lit. A), es sei denn, sie seien zum grösseren Teil der Zeit im gewerblichen Hauptbetrieb und nur nebenbei im landwirtschaftlichen Nebenbetrieb tätig.

bb) Voraussetzung für die Anwendung der Sonderregelung ist ferner, dass das Haupt der Familie den Gewerbebetrieb als Inhaber

⁵²⁵ 24.3.45 (AS 61, 199).

⁵²⁶ KS 63 des BIGA vom 29.7.44, B VI 1.

⁵²⁷ AVEO 3 (22.5.44; AS 60, 351).

⁵²⁸ VEO 1 I b (5.4.44; AS 60, 214).

(Eigentümer, Pächter, Nutzniesser) auf eigene Rechnung und Gefahr führt und damit als Selbständigerwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung gilt und nicht bloss als ein vom Inhaber mit der Führung des Betriebes gegen Entgelt beauftragter Dritter erscheint, was ihn zum Arbeitnehmer qualifizieren würde. Um schon Gesagtes hier nicht zu wiederholen, sei auf die entsprechenden Ausführungen bei den Voraussetzungen der Eigenschaft als mitarbeitendes männliches Familienglied in der Landwirtschaft vorn A 2 b bb verwiesen.

cc) Dass die Tätigkeit regelmässig ausgeübt werde, wird von Gesetzes wegen nicht ausdrücklich verlangt. Nach der Praxis der AKV untersteht deshalb ein Familienglied auch dann der Sonderregelung von Vfg. 48 Art. 9 I, wenn es sich gelegentlich anderweitig betätigt oder durch ein Leiden zeitweise an der Arbeit behindert ist⁵²⁹. Doch vertritt das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit in einer Auskunft die Meinung, dass als mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe nur solche Angehörige gelten könnten, welche berufsmässig im Betriebe mitarbeiten⁵³⁰. Diese Mitarbeit müsse mehr oder weniger die gleiche Regelmässigkeit aufweisen, wie diejenige eines familienfremden Angestellten oder Arbeiters. Deshalb sollen Familienglieder, die nur gelegentlich oder mit Unterbrüchen, z. B. einige Stunden in der Woche, im Betriebe tätig sind, nicht unter die Sonderregelung fallen. Mit dieser Auskunft, die zwar unverbindlich ist, da es sich um eine blossе Meinungsäusserung des erwähnten Bundesamtes handelt, soll offenbar einem missbräuchlichen Bezug von Lohnausfallentschädigungen entgegengetreten werden, was durchaus zu begrüssen ist und deshalb gesetzgeberisch geregelt werden sollte.

dd) Die Voraussetzung eines Bar- oder Naturallohnbezuges, wie sie in Vfg. 48 Art. 9 I ausdrücklich statuiert wird, ist im Hinblick auf das System der Beitragserhebung in der Lohnersatzordnung eigentlich selbstverständlich. Das Gesetz will damit also offenbar gar nicht zum Ausdruck bringen, dass unentgeltlich mitarbeitende Familienglieder nicht nach der Lohnersatzordnung beitragspflichtig und bezugsberechtigt seien. Diese Stelle im Gesetz hat denn auch einen ganz andern Sinn, wie weiter hinten noch ausgeführt werden soll (vgl. Ziff. 3 Abs. 2).

⁵²⁹ AKV 619, ZAK 1947, 67.

⁵³⁰ Ausk. 19, ZLV 1941, 58.

ee) Ist der Inhaber eines gewerblichen Betriebes nicht eine Einzelperson, sondern eine Kollektiv-, Kommandit- oder Kommanditaktiengesellschaft, in denen jeder der unbeschränkt haftenden und gemäss Handelsregistereintrag vertretungsbefugten Gesellschafter als Selbständigerwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung gilt⁵³¹, so findet die Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe auf alle Personen männlichen Geschlechts Anwendung, die wenigstens zu einem der unbeschränkt haftenden und vertretungsbefugten Teilhaber in dem vorausgesetzten Verwandtschaftsverhältnis stehen und im Betriebe mitarbeiten, sei es, ohne überhaupt Gesellschafter zu sein⁵³², oder sei es als Gesellschafter, die nicht unbeschränkt haften oder nicht vertretungsbefugt sind und deshalb nicht als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten können⁵³³. Dagegen genügt nicht eine verwandtschaftliche Beziehung zu einem Gesellschafter, der nicht unbeschränkt haftet und vertretungsbefugt ist, wie z. B. zu einem Kommanditär, da dieser nicht als Selbständigerwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung gilt.

In Betrieben, deren Inhaber eine einfache Gesellschaft ist, gilt diese Regelung in analoger Weise; es findet somit die Sonderregelung auf alle männlichen Personen Anwendung, die mindestens zu einem der im Sinne der Verdienstersatzordnung als selbständigerwerbend geltenden Teilhaber⁵³⁴ in einem Verwandtschaftsverhältnis im geforderten Grade stehen und im Betriebe mitarbeiten.

ff) Besteht zwischen Verwandten, die in einem Betriebe tätig sind, ein Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis, so wird die Anwendung von Vfg. 48 Art. 9 I durch die Spezialregelung über die Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung von Gesellschaftern und Gemeinschaftlern (Vfg. 48 Art. 6 bis 8) ausgeschlossen⁵³⁵

⁵³¹ Vgl. Zitate hinten N 555 und dortigen Kontext.

⁵³² **AKV 386**, Erw. 3, ZLV 1944, 216.

⁵³³ **AKV 549**, Erw. 1, ZLV 1946, 113; **AKV 581**, Erw. 2, ZLV 1946, 336.

⁵³⁴ Ueber die Abgrenzung der selbständigerwerbenden von den unselbständig-
erwerbenden Teilhabern einfacher Gesellschaften vgl. hinten § 9 II B 3.

⁵³⁵ Vgl. die Fälle von **AKV 411**, ZLV 1944, 363; **AKV 413**, ZLV 1944, 364.

3. Ausschliesslichkeit

Die Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe hat für diese Personen eine ausschliessliche Geltung. Das ergibt sich einerseits aus dem vom Gesetzgeber damit verfolgten Zweck, alle Verhältnisse dieser Art einer besonderen Ordnung zu unterwerfen; denn wäre diese Regelung nicht eine ausschliessliche, so wäre sie überhaupt überflüssig, da dann mitarbeitende männliche Familienglieder gegebenenfalls kraft der allgemeinen Bestimmungen die Arbeitnehmereigenschaft haben könnten.

Andererseits ergibt sich die Ausschliesslichkeit auch deutlich aus dem Wortlaut von Vf. 48 Art. 9 I, wenn es dort heisst: „*Mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe, welche Bar- oder Naturallohn beziehen, unterstehen hinsichtlich der Beitragspflicht und der Bezugsberechtigung der Lohnersatzordnung.*“ Die alternativ aufgestellte Voraussetzung eines Bar- oder Naturallohnbezuges bringt zum Ausdruck, dass auch der blosse Unterhalt genügt, um die Bestimmungen der Lohnersatzordnung auf mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe zur Anwendung zu bringen. Damit steht der Wortlaut von Vf. 48 Art. 9 I im Gegensatz zur Auslegungspraxis von VW 2 I, wonach sonst im allgemeinen bei Familienangehörigen der Bezug des Unterhalts nicht genügt, um sie als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu qualifizieren⁵³⁶. Die Bestimmung von Vf. 48 Art. 9 I schliesst somit die Anwendung von VW 2 I überhaupt aus.

Die Ausschliesslichkeit der Sonderregelung hat zur Folge, dass die Frage, ob mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe in einem Dienstverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und damit Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung sind, gar nicht von Bedeutung ist. Vf. 48 Art. 9 I findet auch dann Anwendung, wenn ein Dienstverhältnis zwischen dem Betriebsinhaber und dem mitarbeitenden männlichen Familienglied gar nicht besteht; entscheidend ist allein das Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses in dem weiter vorn (A 2 a aa) erwähnten Grade. Es braucht deshalb im Einzelfall nicht

⁵³⁶ Vgl. vorn bei N 414.

abgeklärt zu werden, ob ein Dienstverhältnis besteht oder nicht; vielmehr gelten mitarbeitende männliche Familienglieder von Gesetzes wegen als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung ohne Rücksicht darauf, ob die allgemeinen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft erfüllt sind⁵³⁷.

C. Betriebsleitereigenschaft im Sinne der Verdienstersatzordnung

1. Als Selbständigerwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung gilt in landwirtschaftlichen und gewerblichen Betrieben der Betriebsleiter. Dieser ist somit nach den Bestimmungen der Verdienstersatzordnung beitragspflichtig und anspruchsberechtigt und zwar nicht nur für sich, sondern auch für die mitarbeitenden männlichen Familienglieder⁵³⁸. Er gilt somit als das Haupt des Familienbetriebes und haftet als solches für die Erfüllung der Beitragspflicht⁵³⁹.

Wer ist nun in landwirtschaftlichen oder gewerblichen Familienbetrieben als Betriebsleiter zu betrachten? Nach Gesetz gilt in der Regel der Inhaber des Betriebes (Eigentümer, Pächter oder Nutzniesser) als Betriebsleiter im Sinne der Verdienstersatzordnung⁵⁴⁰. An seiner Stelle kann jedoch auch ein anderes Familienglied als Betriebsleiter zum voraus bezeichnet werden, sofern es den Betrieb tat-

⁵³⁷ Vgl. zur ganzen Frage **AKL 252**, Erw. 1, ZLV 1943, 37.

Die ausschliessliche Geltung der Sonderregelung ist übrigens von der AKL in ihrer älteren Praxis übersehen worden; vgl. **AKL 97**, ZLV 1941, 254, und vor allem **AKL 159**, ZLV 1942, 146, wo gesagt wird, dass für männliche Familienglieder die Sonderregelung massgebend sei, sofern der Nachweis eines Dienstverhältnisses gemäss VW 2 I nicht geleistet sei.

⁵³⁸ Landwirtschaft: VEO 3 I Satz 1 (26.3.45; AS 61, 165; Wortlaut vorn N 444); VEO 7 I (Wortlaut vorn nach N 496); vgl. dazu die Ausführungen bei N 444 und 447. Gewerbe: AVEO 10 I a, 13 I a (22.5.44; AS 60, 350/51); dazu die Ausführungen vorn bei N 521.

⁵³⁹ Vfg. 46 Art. 1 III.

⁵⁴⁰ AVEO 8 I Halbsatz 1 (25.6.40; AS 56, 976); AVEO 10^{bis} I Satz 1 (22.5.44; AS 60, 352).

sächlich führt⁵⁴¹, d. h. die entscheidenden Dispositionen trifft⁵⁴², falls der Betriebsinhaber beispielsweise infolge Alter, Krankheit oder Gebrechlichkeit arbeitsunfähig ist und deshalb den Betrieb nicht selbst leiten kann⁵⁴³. Betriebsinhaber und Betriebsleiter brauchen somit keineswegs identisch zu sein.

2. Durch die Qualifikation eines Familiengliedes als Betriebsleiter an Stelle des Betriebsinhabers gilt das betreffende Familienglied rechtlich als Selbständigerwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung. Da jedoch tatsächlich und wirtschaftlich stets nur der Betriebsinhaber als Träger des ökonomischen Risikos als eigentlicher Selbständigerwerbender betrachtet werden kann, ist es denkbar, dass der Betriebsleiter vom Betriebsinhaber einen Barlohn bezieht und damit gemäss der Auslegung von VW 2 I durch die Praxis nachweisbar in einem Dienstverhältnis zum Betriebsinhaber steht⁵⁴⁴, wobei die Abhängigkeit des Betriebsleiters nur wirtschaftlicher Natur sein kann, da er ja selbst die entscheidenden Dispositionen trifft und die massgebenden Weisungen erteilt.

Allein dieser Umstand ist für die Betriebsleitereigenschaft vollständig unerheblich; das geht deutlich daraus hervor, dass im Gesetz ein ausdrücklicher Vorbehalt einer allfälligen Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung fehlt. Sobald deshalb ein Familienglied an Stelle des Betriebsinhabers die Betriebsleitereigenschaft im Sinne der Verdienstersatzordnung besitzt, schliesst dies seine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung schlechthin aus⁵⁴⁵. Die Anwendung von VW 2 I entfällt damit für Betriebsleiter, gleichgültig, ob es sich dabei um ein männliches oder weibliches Familienglied handelt.

⁵⁴¹ AVEO 8 I Halbsatz 2 (25.6.40; AS 56, 976); AVEO 10 ^{bis} I Satz 2 (22.5.44; AS 60, 352).

⁵⁴² **AKV 104**, Erw. 3, ZLV 1942, 33; **AKV 177**, ZLV 1942, 292; **AKV 376**, Erw. 1, ZLV 1944, 166; **AKV 579**, ZLV 1946, 334; **AKV 624**, ZAK 1947, 122; **AKV 656**, ZAK 1947, 542.

⁵⁴³ **AKV 503**, Erw. 1, ZLV 1945, 358.

⁵⁴⁴ Vgl. vorn bei N 413 und 419.

⁵⁴⁵ Vgl. Zitat N 543.

3. Diese Behandlungsweise erklärt sich aus der besonderen Gestaltung der Verdienstersatzordnung, welche den Schutz des selbständigen Betriebsinhabers vor den wirtschaftlich nachteiligen Folgen des Militärdienstes bezweckt. Der Familienbetrieb wird als einheitliches Gebilde der Verdienstersatzordnung unterstellt und ist als solcher beitragspflichtig und anspruchsberechtigt, wobei einfach derjenige die Rolle des Betriebsleiters zu übernehmen hat, der den Betrieb tatsächlich führt, was in der Regel der Betriebsinhaber sein wird. Entscheidend für die Unterstellung eines Familienbetriebes unter die Verdienstersatzordnung ist deshalb allein der Umstand, dass jemand in der Familie als Eigentümer, Pächter oder Nutzniesser Betriebsinhaber ist.

Daraus ergibt sich noch folgendes: Wenn eine Familie den Betrieb nicht als Inhaberin auf eigene Rechnung und Gefahr, sondern als Verwalterin auf Rechnung des Inhabers bewirtschaftet, so kann niemand in der Familie Betriebsleiter sein; denn in diesem Falle kommt dem Betriebsinhaber die Betriebsleitereigenschaft zu, obschon er den Betrieb nicht selbst führt, während alle Personen der Verwalterfamilie als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu gelten haben⁵⁴⁶. Damit steht hier der Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft durch die Betriebsleitereigenschaft gar nicht zur Diskussion.

⁵⁴⁶ Vgl. Zitat vorn N 489 und dortigen Kontext.

§ 9. Beteiligung an einem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis

I. Allgemeines

1. Wesentliches Merkmal der Teilhaberschaft an Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnissen ist die Beteiligung am ökonomischen Risiko. Da jedoch dieselbe im allgemeinen, wie schon früher ausgeführt wurde⁵⁴⁷, als Indiz der Selbständigkeit im Wirtschaftsleben gilt und deshalb gegen das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses eines Erwerbstätigen spricht, könnte daraus geschlossen werden, dass in allen Fällen, in denen Teilhaber von Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnissen in der Gesellschaft bzw. Gemeinschaft tätig sind, die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft der beteiligten Parteien zu verneinen sei. In den nachfolgenden Erörterungen soll dargelegt werden, dass nach Gesetz und Praxis diese Betrachtungsweise nur in eingeschränktem Sinne gilt, dass also die Tatsache der Teilhaberschaft an einem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis trotz der Beteiligung am ökonomischen Risiko die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung keineswegs ausschliesst.

2. Bei dieser Darstellung fallen zum vorneherein alle Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnisse in landwirtschaftlichen Betrieben ausser Betracht; denn kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung sind alle Teilhaber von Gemeinschaftsverhältnissen (Erbengemeinschaften, Gemeinderschaften, einfache Gesellschaften) in der Landwirtschaft der Verdienstersatzordnung unterstellt⁵⁴⁸ ohne Rücksicht darauf, ob eventuell die Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung erfüllt sind. Nach einem Kreisschreiben des BIGA gilt diese Rege-

⁵⁴⁷ § 4 III C 1.

⁵⁴⁸ AVEO 8 II (25.6.40; AS 56, 976).

Der Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes im Sinne dieser Ausführungen bestimmt sich deshalb nach den Vorschriften der Verdienstersatzordnung, d. h. nach AVEO 2 (25.3.44; AS 60, 216); vgl. darüber vorn N 487 und dortigen Kontext.

lung sinngemäss auch für Kollektiv-, Kommandit- und Kommandit-aktiengesellschaften in der Landwirtschaft⁵⁴⁹. Die ausdrückliche Unterstellung aller Teilhaber solcher landwirtschaftlicher Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnisse unter die Verdienstersatzordnung schliesst ihre Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung aus, sodass sich das Problem hier gar nicht stellt.

3. Da das Gesetz hinsichtlich der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in Gemeinschaftsverhältnissen eine Sonderregelung getroffen hat, werden nachstehend die Gemeinschaftsverhältnisse getrennt von den Gesellschaftsverhältnissen behandelt.

II. Gesellschaftsverhältnisse

A. Das Problem

1. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft von Gesellschaftern, die in der Gesellschaft gegen Entgelt tätig sind, ist der Nachweis eines Abhängigkeitsverhältnisses besonders problematisch. Die Schwierigkeiten haben ihre Ursachen darin, dass gleichzeitig Indizien vorliegen, welche für ein Subordinationsverhältnis, und solche, die dagegen sprechen.

Wie schon vorstehend unter I 1 erwähnt, spricht die Tatsache der Beteiligung am ökonomischen Risiko an sich für eine wirtschaftlich selbständige Stellung des Gesellschafters. Von einem Risiko kann allerdings nur dann gesprochen werden, wenn im Innenverhältnis am Verlust partizipiert oder nach aussen eine Haftung übernommen wird. Blosser Gewinnbeteiligung schliesst zwar ein Gesellschaftsverhältnis nicht aus⁵⁵⁰, doch liegt darin kein Risiko⁵⁵¹. Nun ist aber je nach der Gesellschaftsart und den vertraglichen Vereinbarungen die Risikobeteiligung in ihrem Ausmass ganz verschieden. Das Mass kann sich nach verschiedenen Faktoren bestimmen: ob das Risiko in der Verlusttragung nach innen oder in der Haftung

⁵⁴⁹ KS 60 des BIGA vom 19.7.44, C II Abs. 2; vgl. auch die Abh. ZLV 1942, 10.

⁵⁵⁰ Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—551 N 71 e.

⁵⁵¹ Vgl. vorn § 4 III C 1 b.

nach aussen besteht; wie hoch im ersten Fall der Anteil am Verlust vereinbart und ob im zweiten Fall die Haftung eine unbeschränkte oder bloss beschränkte ist; ob eine persönliche Haftung neben oder erst hinter der Haftung des Gesellschaftsvermögens statuiert ist. Es fragt sich nun, ob jede Beteiligung an einem Risiko ohne Rücksicht auf dessen Ausmass als Indiz selbständiger Tätigkeit gelten kann. Diese Frage ist zweifellos zu verneinen. So vermag sicherlich das finanzielle Risiko, das ein Aktionär mit dem Kauf einer Aktie von 100 Franken oder ein Genossenschafter mit einem Anteilschein von 50 Franken übernimmt, der Tätigkeit dieser Personen in der Gesellschaft nicht den Charakter einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu verleihen, das ein Abhängigkeitsverhältnis ausschliesst. Die Beteiligung am Risiko kann deshalb nur dann ein entscheidend für Selbständigkeit sprechendes Indiz sein, wenn sie ein bestimmtes Ausmass aufweist. Wenn man somit auf dieses Indiz der wirtschaftlichen Selbständigkeit oder Unselbständigkeit abstellen will, so ist bloss fraglich, wo die Grenze liegen soll.

Ganz unabhängig von dieser Frage der Beteiligung am Risiko und dessen Ausmass kann jedoch ein persönliches Subordinationsverhältnis des Arbeit leistenden Gesellschafters vorhanden sein. So ist es wohl denkbar, dass Gesellschafter, die in höchstem Ausmass am Risiko teilnehmen — also beispielsweise unbeschränkt haften —, sogar bei der Geschäftsführung sich den Beschlüssen der übrigen Gesellschafter oder eines Gesellschaftsrates zu unterwerfen haben⁵⁵², oder dass Gesellschafter in Ausübung einer untergeordneten, nicht leitenden Tätigkeit an Weisungen und Befehle der geschäftsführenden Gesellschafter oder sogar eines mit der Geschäftsführung beauftragten Dritten gebunden sind. Demgegenüber ist es möglich, dass ein Gesellschafter, der nur in ganz geringem Ausmass ein Risiko eingeht, ohne jegliche Bindung an Weisungen sogar die Geschäfte führt, sodass von einem Unterordnungsverhältnis nicht die Rede sein kann⁵⁵³.

⁵⁵² Vgl. z. B. Tatbestand von **AKL 123**, ZLV 1941, 315.

⁵⁵³ Man denke z. B. an die nicht selten auftretenden Fälle, in denen Ehegatten eine Kommanditgesellschaft eingehen, wobei die Ehefrau zwar unbeschränkt haftende und vertretungsbefugte Komplementärin, jedoch in der Gesellschaft überhaupt nicht tätig ist, während ihr Mann als Kommanditär mit kleiner Einlage effektiv die Geschäfte führt; vgl. z. B. Tatbestand von **AKV 6**, ZLV 1941 32.

Auf welche Merkmale soll man sich nun angesichts dieser komplizierten Verhältnisse bei Gesellschaftern für die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses stützen? Wie ist hier die Grenze zwischen der unselbständigen und der selbständigen Erwerbstätigkeit zu ziehen?

Sicherlich kann nicht entscheidend sein die Art der Tätigkeit, d. h. ob ein Gesellschafter die Geschäfte führt oder nur eine untergeordnete Tätigkeit ausübt. Denn eine Bindung an Weisungen oder Gesellschaftsbeschlüsse ist in beiden Fällen möglich. Ausserdem wäre diese Regelung des Innenverhältnisses schwer nachweisbar und deshalb eine Umgehung möglich. Ebensowenig kann darauf abgestellt werden, ob ein Gesellschafter für seine Tätigkeit regelmässig Lohn bezieht oder nicht. Denn abgesehen davon, dass der Lohnbezug zwar eine Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft ist (vorn § 4 II), die jedoch mit der Frage der Abhängigkeit nichts zu tun hat, ist ein solcher auch bei Gesellschaftern möglich, die man gegebenenfalls infolge ihrer unbeschränkten Haftung oder auf Grund anderer Merkmale als selbständig bezeichnen könnte⁵⁵⁴. Die Stellung eines Gesellschafters wird deshalb nicht dadurch als abhängig charakterisiert, dass er für seine Tätigkeit von der Gesellschaft ein Entgelt bezieht.

2. Das Problem der Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit in Gesellschaftsverhältnissen stellt sich auch in der Verdienstersatzordnung, in deren Geltungsbereich die selbständigerwerbenden Gesellschafter einbezogen sind. Dort ist es, zwar nicht allgemein, aber für bestimmte Gesellschaftsverhältnisse durch den Gesetzgeber selbst gelöst worden, sodass es sich in der Praxis nicht stellt. Nach ausdrücklicher Vorschrift⁵⁵⁵ gelten nämlich in Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften die unbeschränkt haftenden und gemäss Handelsregisterantrag vertretungsbefugten⁵⁵⁶ Teilhaber als

⁵⁵⁴ OR 559. Vgl. auch Tatbestand von **AKL 420**, ZLV 1944, 102, und von **AKV 386**, ZLV 1944, 215.

⁵⁵⁵ Vgl. AVEO 10 I b und 13 I b (22.5.44; AS 60, 350/51); Vfg. 48 Art. 6 I Satz 1.

⁵⁵⁶ Dass sich die Vertretungsbefugnis des unbeschränkt haftenden Teilhabers aus dem Handelsregistereintrag ergeben muss, wird in den Vorschriften über die Beitragspflicht (AVEO 10 I b, Vfg. 48 Art. 6 I Satz 1) ausdrücklich hervorgehoben. Wenn dies dagegen in der

Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung, sodass sie nach dieser Ordnung beitragspflichtig sind⁵⁵⁷ und deshalb für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung von vornherein ausser Betracht fallen. Vom Standpunkt der Verdienstersatzordnung aus gelten somit als entscheidende Merkmale der Selbständigkeit eines Gesellschafters der erwähnten Gesellschaftsarten die unbeschränkte Haftung mit gleichzeitiger Vertretungsbefugnis, d. h. Merkmale des Aussenverhältnisses. Un-erheblich ist das Innenverhältnis; ob also der Gesellschafter an Gewinn und Verlust partizipiert⁵⁵⁸, ob er die Geschäfte führt oder vor allem, ob er sich bei seiner Tätigkeit an Weisungen oder Gesellschaftsbeschlüsse zu halten hat, ist belanglos.

Mit dieser Betrachtungsweise, auf deren Gründe hier nicht eingetreten werden kann, da es sich um eine Frage der Verdienstersatzordnung handelt, wird gleichzeitig in bezug auf das Ausmass des Risikos eine klare Grenze gezogen, indem nur die höchste Beteiligung

analogen Bestimmung über die Anspruchsberechtigung (AVEO 13 I b) fehlt, so kann das nur ein Redaktionsversehen sein; es ist auch hier der Handelsregistereintrag massgebend. Denn es kann nicht auf der einen Seite bei der Beitragspflicht auf den Handelsregistereintrag abgestellt werden und auf der anderen Seite bei der Anspruchsberechtigung dagegen nicht. Die Voraussetzungen für die Beitragspflicht und die Anspruchsberechtigung müssen dieselben sein.

Nach der neueren Praxis wird streng auf den Handelsregistereintrag abgestellt (Ausk. 61, ZLV 1946, 340; AKL 758, ZAK 1948, 28), auch wenn die tatsächlichen Verhältnisse dem Eintrag nicht entsprechen, ausgenommen bei Aenderung oder Auflösung einer Gesellschaft durch Tod eines Gesellschafters.

⁵⁵⁷ Die Beitragspflicht nach VEO nimmt somit keine Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Gesellschaft, vielmehr gründet sie sich ausschliesslich auf die rechtliche Eigenschaft als unbeschränkt haftende und vertretungsbefugte Teilhaber (AKV 168, ZLA 1942, 282). Sie besteht also auch dann, wenn ein Gesellschafter nicht die Geschäftsführung innehat oder die Vertretungsbefugnis nicht ausübt (Ausk. 128, ZLV 1945, 410; AKV 363, Erw. 3, ZLV 1944, 118) oder überhaupt nicht in der Gesellschaft tätig ist (AKV 386, Erw. 1, ZLA 1944, 215, AKV 478, Erw. 1, ZLV 1945, 242; AKV 580, ZLV 1946, 335).

⁵⁵⁸ Er kann sogar vertraglich von der Verlusttragung entbunden sein (vgl. OR 533 III in Verbindung mit OR 557 II, sowie den Tatbestand von AKV 7, ZLV 1941, 33), was ihn aber keineswegs von der Haftung nach aussen befreit!

am Risiko, nämlich die unbeschränkte Haftung als Merkmal der Selbständigkeit im Sinne der Verdienstersatzordnung anerkannt wird.

Da kein Grund zur Annahme besteht, dass der Gesetzgeber der Verdienstersatzordnung, der die unbeschränkte Haftung mit gleichzeitiger Vertretungsbefugnis als Merkmale der selbständigen Stellung eines Gesellschafters entscheiden lässt, die Verhältnisse nach andern Gesichtspunkten beurteilen wollte als der Gesetzgeber der Lohnersatzordnung, so liegt der Schluss nahe, auch vom Standpunkt der Lohnersatzordnung dieselben Indizien anzuwenden und deshalb in allen Fällen, in denen eine oder beide Voraussetzungen der Selbständigkeit im Sinne der Verdienstersatzordnung fehlen, ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung zu bejahen.

Dieser Schluss ist jedoch aus folgenden Gründen nicht ohne weiteres zulässig:

a) Einmal gelten als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung nicht alle unbeschränkt haftenden und vertretungsbefugten Gesellschafter schlechthin, sondern nur diejenigen bestimmter Gesellschaftsarten, nämlich der Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften. Es gibt aber noch andere unbeschränkt haftende und vertretungsbefugte Gesellschafter, nämlich die Teilhaber von Genossenschaften, deren Statuten gemäss OR 869 I die unbeschränkte Haftung der Genossenschafter vorsehen. Diese können jedoch der Verdienstersatzordnung nicht unterstellt werden, da die Aufzählung der Gesellschaftsarten im Gesetz eine erschöpfende ist. Damit scheint die auf der unbeschränkten Haftung und Vertretungsbefugnis basierende Lösung des Problems der Umschreibung der selbständigen Erwerbstätigkeit von Gesellschaftern in der Verdienstersatzordnung nicht konsequent verwirklicht worden zu sein. Auf die Gründe hierfür kann jedoch hier nicht eingetreten werden. Für unsere Betrachtungen ist lediglich festzuhalten, dass damit die Frage der Abgrenzung der selbständigerwerbenden von den unselbständigerwerbenden Genossenschaftern in der Praxis offen bleibt.

b) Im weiteren gibt es eine Gruppe von Gesellschaftern, die gegebenenfalls auch als Selbständigerwerbende der Verdienstersatzordnung unterstellt sind, bei denen jedoch nicht auf die Merkmale der unbeschränkten Haftung und Vertretungsbefugnis abgestellt werden kann.

Es handelt sich um die Teilhaber von einfachen Gesellschaften⁵⁵⁹. Die Frage, wann ein solcher Gesellschafter als Selbständig-erwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung zu gelten habe, ist vom Gesetzgeber offen gelassen worden. Damit bleibt auch hier das Problem der Abgrenzung der Praxis vorbehalten (darüber hinten B 3).

c) Für die Selbständigkeit eines Teilhabers von Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften wird in der Verdienstersatzordnung, wie schon ausgeführt wurde, neben der unbeschränkten Haftung die Vertretungsbefugnis vorausgesetzt. Wo die letztere fehlt, kann deshalb ein Gesellschafter trotz seiner Beteiligung am Risiko im höchsten Ausmass nicht der Verdienstersatzordnung unterstellt werden⁵⁶⁰. Daraus darf nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass auch vom Standpunkt der Lohnersatzordnung aus die Selbständigkeit zu verneinen sei und deshalb ein Abhängigkeitsverhältnis angenommen werden müsse⁵⁶¹.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das Problem, auf welche Weise die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit von Gesellschaftern vorgenommen werden soll, mit Hilfe der gesetzlichen Vorschriften der Verdienstersatzordnung, wo sich dasselbe Problem stellt, nur bei den unbeschränkt haftenden und vertretungsbefugten Teilhabern von Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften klar gelöst ist. Immerhin wird jedoch durch den Umstand, dass die Verdienstersatzordnung für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit auf die unbeschränkte Haftung entscheidendes Gewicht legt, wenigstens angedeutet, worin die Lösung allgemein zu suchen ist.

Es erscheint deshalb als gegeben, auch vom Standpunkt der Lohnersatzordnung aus in erster Linie auf das Ausmass der Beteiligung am Risiko abzustellen und nicht darauf, ob ein persönliches Unterordnungsverhältnis besteht oder nicht. Demnach wäre einem Gesellschafter die Arbeitnehmereigenschaft immer dann zuzuerkennen, wenn er nicht im höchsten Ausmass am Risiko beteiligt ist, wobei als Höchstmass die unbeschränkte Haftung zu gelten hätte; denn

⁵⁵⁹ AVEO 10 I c und 13 I c (22.5.44; AS 60, 350/51); Vfg. 48 Art. 7 I Satz 1.

⁵⁶⁰ **ÄKV 549**, Erw. 1, ZLV 1946, 113.

⁵⁶¹ Vgl. auch hinten bei N 582.

eine bloss beschränkte Teilnahme am Risiko vermag gegenüber den gegebenenfalls vorhandenen Indizien, welche für eine persönliche Abhängigkeit im Innenverhältnis sprechen (wie Bindung an Weisungen), nicht entscheidend ins Gewicht zu fallen und eine selbständige Stellung des Gesellschafters zu begründen. Ausserdem geht es nicht an, die Grenze weiter unten festzusetzen und auch eine über einen bestimmten Betrag hinausgehende beschränkte Haftung als Merkmal selbständiger Erwerbstätigkeit gelten zu lassen, während jede bis zu diesem Betrage beschränkte Haftung als Kriterium unselbständiger Erwerbstätigkeit zu betrachten wäre. Eine derartige Grenzziehung wäre willkürlich, sodass als Grenze nur die unbeschränkte Haftung in Frage kommen kann.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet wäre die Arbeitnehmereigenschaft der Aktionäre von Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, der Teilhaber von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, der nicht unbeschränkt haftenden Genossenschafter sowie der Kommanditäre zu bejahen. Dagegen müsste man ein Abhängigkeitsverhältnis aller unbeschränkt haftenden Teilhaber irgendwelcher Gesellschaftsarten angesichts ihrer maximalen Beteiligung am Risiko verneinen und ihnen die Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich aberkennen. Dies entspricht einer auch in andern Sozialgesetzen vertretenen Auffassung⁵⁶².

Allein würde man nun bloss von diesem Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit oder Unselbständigkeit ausgehen, so hätte dies zur Folge, dass gewisse Gesellschafter weder der Lohn- noch der Verdienstersatzordnung unterstellt werden könnten, nämlich diejenigen unbeschränkt haftenden Gesellschafter, welche infolge fehlender Vertretungsbefugnis vom Einbezug in den Geltungsbereich der Verdienstersatzordnung ausgeschlossen sind, sowie diejenigen, welche trotz unbeschränkter Haftung und Vertretungsbefugnis aus andern Gründen der Verdienstersatzordnung nicht unterstellt sind (Genossenschafter). Solche Gesellschafter hätten somit weder für die Einkünfte aus ihrer Erwerbstätigkeit Beiträge zu leisten, noch könnten sie im Falle von Militärdienstleistung Anspruch auf Lohn- oder Verdienstausschlag-

⁵⁶² Vgl. z. B. VO I über die Unfallversicherung vom 25. März 1916 (AS 32, 121) Art. 24 IV, wonach die Teilhaber von Kollektivgesellschaften und die unbeschränkt haftenden Teilhaber von Kommanditgesellschaften nicht als Arbeiter und Angestellte i. S. des KUVG betrachtet werden.

entschädigung erheben. Der erstere Umstand widerspricht jedoch dem Solidaritätsprinzip, während der Ausschluss vom Bezuge einer Erwerbsausfallentschädigung dem sozialen Zweck der Lohn- und Verdienstersatzordnung nicht gerecht wird. Die Tendenz muss vielmehr dahin gehen, alle Erwerbstätigen entweder durch die Lohn- oder die Verdienstersatzordnung zu erfassen und damit den Kreis der im Genuss der Bestimmungen über den wirtschaftlichen Wehrmannsschutz stehenden Personen möglichst zu schliessen⁵⁶³.

Da nun die Unterstellungsfälle von Gesellschaftern unter die Verdienstersatzordnung im Gesetz in abschliessender Weise aufgezählt werden⁵⁶⁴, besteht nach der geltenden Gesetzgebung bloss die Möglichkeit, unbeschränkt haftende Gesellschafter, die der Verdienstersatzordnung nicht unterstehen, mit der Lohnersatzordnung zu erfassen. Fraglich ist dabei bloss, wie in diesen Fällen ein Abhängigkeitsverhältnis begründet werden soll, da die Tatsache der unbeschränkten Haftung ein Merkmal selbständiger Erwerbstätigkeit darstellt. Auf die Gefahr hin, dass damit ein gewisser Widerspruch zwischen wirtschaftlich selbständiger und persönlich abhängiger Stellung geschaffen wird, bleibt nichts anderes übrig, als die Abhängigkeit aus andern Umständen, also z. B. aus einem persönlichen Subordinationsverhältnis (Bindung an Weisungen) herzuleiten.

4. Die aus den vorstehenden Erörterungen sich ergebenden Schlussfolgerungen lassen sich folgendermassen zusammenfassen: Die besonderen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit in Gesellschaftsverhältnissen sowie das deutlich erkennbare Ziel der Lohn- und Verdienstersatzordnung, den Kreis der durch die beiden Sozialordnungen erfassten Erwerbstätigen möglichst zu schliessen, lassen es als gerechtfertigt erscheinen, allen Gesellschaftern, welche nicht als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten, die Arbeitnehmer-eigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung zuzuerkennen.

Da, abgesehen von den Verhältnissen bei der einfachen Gesellschaft, die Voraussetzungen der Selbständigkeit im Sinne der Verdienstersatzordnung gesetzlich genau umschrieben sind, wäre demnach die Ar-

⁵⁶³ Vgl. auch vorn vor N 165.

⁵⁶⁴ Vgl. Zitate vorn N 555.

beitnehmereigenschaft allen Gesellschaftern zuzuerkennen, welche nicht unbeschränkt haftende und vertretungsbefugte Teilhaber von Kollektiv-, Kommandit- oder Kommanditaktiengesellschaften sind, wobei ein Abhängigkeitsverhältnis in erster Linie durch die bloss beschränkte Haftung charakterisiert sein dürfte, subsidiär aber auch aus andern Umständen hergeleitet werden muss, falls es sich um Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung handelt, die infolge fehlender Vertretungsbefugnis oder aus andern Gründen nicht der Verdienstersatzordnung unterstellt werden können. Auf welche Weise nun in der Praxis bei den einzelnen Gesellschaftsarten die Arbeitnehmereigenschaft der Gesellschafter begründet wird und inwiefern dabei die Tendenz festzustellen ist, möglichst alle Erwerbstätigen durch die Lohn- oder die Verdienstersatzordnung zu erfassen, soll Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen unter B 1 und 2 sein.

Da bei Teilhabern von einfachen Gesellschaften die Voraussetzungen der Selbständigkeit im Sinne der Verdienstersatzordnung im Gesetz nicht umschrieben werden⁵⁶⁵, kann in diesen Fällen nicht einfach gesagt werden, die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung sei bei allen denen zu bejahen, welche nicht als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten. Deshalb gestaltet sich das Problem, nach welchen Kriterien die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit in einfachen Gesellschaften vorgenommen werden soll, in der Praxis schwieriger. Darauf soll hinten unter lit. B Ziff. 3 näher eingetreten werden.

⁵⁶⁵ Vgl. Zitate vorn N 559

B. Die Grundsätze

1. Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit

Die Arbeitnehmereigenschaft der Teilhaber von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit (Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft) ergibt sich nach der Praxis allein schon aus der Tatsache, dass die Gesellschaft als juristische Person ein von ihren Gesellschaftern zu unterscheidendes, eigenes Rechtssubjekt darstellt, und dass sie deshalb als Arbeitgeberin ihren Teilhabern rechtlich ebenso fremd gegenübersteht wie angestellten Drittpersonen. Wenn man diesen Grundsatz zur Anwendung bringt, der allein auf die Rechtsform und nicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse abstellt, so ist die Arbeitnehmereigenschaft aller in einer Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit tätigen Gesellschafter zu bejahen mit Ausnahme der unbeschränkt haftenden und gemäss Handelsregistereintrag vertretungsbefugten Teilhaber von Kommanditaktiengesellschaften, die als Selbständigerwerbende der Verdienstersatzordnung unterstellt sind⁵⁶⁶. Man wird zwar einwenden können, dass auch diese ihrer Gesellschaft fremd gegenüber stehen; allein dies scheint gegenüber dem Umstand ihrer unbeschränkten Haftung und Vertretungsbefugnis nicht ausschlaggebend gewesen zu sein. Auf die Gründe der Behandlung dieser Gesellschafter als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung kann hier nicht eingetreten werden.

a) In Anwendung dieses Grundsatzes ist in erster Linie die Arbeitnehmereigenschaft der Aktionäre von Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften bejaht worden⁵⁶⁷ und zwar selbst dann, wenn alle Aktien in den Händen von wenigen Personen⁵⁶⁸ oder einer Familie liegen (sog. Familienaktiengesellschaften)⁵⁶⁹. Der Charakter der Beteiligung an solchen Gesellschaften ist ein rein kapitalistischer, ein unpersönlicher. Deshalb ist jede persönliche Haftung eines Aktionärs ausgeschlossen (OR 620 II). Damit reduziert sich das Risiko auf

⁵⁶⁶ Vgl. Zitate vorn N 555

⁵⁶⁷ ÄKL 2, ZIA 1941, 321

⁵⁶⁸ ÄKL 147, ZLV 1942, 105.

⁵⁶⁹ ÄKL 183, ZLV 1942, 221.

ein Minimum, sodass die Stellung eines Aktionärs schon deshalb nicht als selbständig erscheinen kann. Gleichgültig für die Arbeitnehmer-eigenschaft eines Aktionärs ist die Art seiner Tätigkeit in der Gesellschaft. Auch die mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Verwaltungsräte gelten deshalb als Arbeitnehmer⁵⁷⁰.

Die Stellung eines Aktionärs kann jedoch, wirtschaftlich gesehen, unter Umständen als sehr selbständig erscheinen, nämlich in den Fällen der sogenannten Einmannaktiengesellschaft, wo sämtliche Aktien in den Händen eines einzigen Gesellschafters vereinigt sind, der damit zugleich auch einziger Verwaltungsrat ist. In diesen Fällen besteht wirtschaftlich zwischen der Gesellschaft und dem Alleinaktionär Identität, sodass der letztere als selbständiger Unternehmer auftritt. Er ist, wie schon früher ausgeführt wurde⁵⁷¹, in keiner Weise an irgendwelche Weisungen eines Dritten gebunden und steht hinsichtlich seiner Tätigkeit unter keiner Kontrolle. Darauf kann jedoch, wie in der Judikatur wiederholt festgestellt worden ist, nicht abgestellt werden. entscheidend ist vielmehr allein die Tatsache, dass auch in diesen Fällen rechtlich die Gesellschaft ein vom Aktionär zu unterscheidendes selbständiges Rechtssubjekt darstellt und der Aktionär somit als Angestellter der Gesellschaft erscheint. Aus diesem Grunde gelten nach der Praxis auch Alleinaktionäre als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung⁵⁷². Wie die AKV dabei selbst zugibt, ist diese nur auf die Rechtsform abstellende Betrachtungsweise vor allem im Hinblick auf die Behandlung dieser Fälle durch die Steuergesetzgebung und Steuerpraxis keineswegs selbstverständlich, wo in der Regel die wirtschaftliche Betrachtungsweise angewandt wird, indem die Aktiengesellschaft und ihr Aktionär als einheitliches Steuersubjekt behandelt wird⁵⁷³. Wenn sich die Rechtsprechung der Lohn- und Verdienstersatzordnung dieser Behandlungsweise nicht anschliesst, sondern die Alleinaktionäre als Arbeitnehmer betrachtet, so rechtfertigt sich dies schon deswegen, weil diese Personen nach der Praxis der AKV auf

⁵⁷⁰ Vgl. Zitate vorn N 257 und Kontext daselbst.

⁵⁷¹ Vorn nach N 263.

⁵⁷² **AKL** 183, **ZLV** 1942, 221; **AKL** I, Sa. II, SA vom 30.11.42.; **AKV** 458, **ZLV** 1945, 124.

⁵⁷³ Vgl. dazu die ausführlichen und aufschlussreichen Erwägungen in **AKV** 458, **ZLV** 1945, 124.

keinen Fall als Selbständigerwerbende der Verdienstersatzordnung unterstellt werden können⁵⁷⁴, sodass ihr Arbeitseinkommen weder durch die Verdienstersatzordnung noch durch die Lohnersatzordnung erfasst würde⁵⁷⁵.

b) Dieselben Grundsätze gelten auch für Teilhaber von Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Zwar ist die Stellung solcher Gesellschafter nicht die gleiche wie die eines Aktionärs; denn es besteht für sie eine — allerdings auf die Höhe des Stammkapitals beschränkte — persönliche Haftung. Allein eine bloss beschränkte Haftung vermag die Arbeitnehmereigenschaft nicht auszuschliessen. Da auch die GmbH als juristische Person mit eigener Rechtsträgerschaft ihren Gesellschaftern als Drittperson gegenübersteht, rechtfertigt sich nach Auffassung der AKL eine andere Behandlungsweise als die der Aktionäre nicht⁵⁷⁶. Das nämliche gilt auch in den Fällen, in denen die GmbH einen einzigen Gesellschafter umfasst und damit als Einmanngesellschaft erscheint.

c) In gleicher Weise ist die Arbeitnehmereigenschaft von Genossenschaftlern zu bejahen⁵⁷⁷. Soweit es sich um Genossenschaften handelt, bei denen ausschliesslich das Genossenschaftsvermögen haftet oder nach den Statuten eine bloss beschränkte persönliche Haftung der Genossenschafter besteht, erscheint dies als selbstverständlich. Anders dagegen liegt die Sache in Fällen, in denen die Statuten gemäss OR 869 I die unbeschränkte persönliche Haftung der Genossenschafter vorsehen. Abgesehen von der Vertretungsbefugnis gleicht die Stellung solcher Gesellschafter derjenigen der unbeschränkt haftenden Teilhaber von Kommanditaktiengesellschaften, die als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten⁵⁷⁸. Trotzdem gelten jedoch unbeschränkt haftende Genossenschafter aus hier nicht zu erörternden Gründen nicht als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung, sodass auch solchen Genossenschaftlern aus den vorn A 3

⁵⁷⁴ **AKV 93**, ZLV 1941, 296; **AKV 371**, Erw. 1, ZLV 1944, 159.

⁵⁷⁵ Vgl. vorn vor N 563.

⁵⁷⁶ **AKL 31**, ZLV 1941, 327; **AKL 59**, ZLV 1941, 117; **AKL i. Sa. Sch. GmbH** vom 5.3.41; **AKV 15**, ZLV 1941, 90; **AKL 677**, ZLV 1946, 362.

⁵⁷⁷ **AKL 311**, ZLV 1943, 316.

⁵⁷⁸ Vgl. Zitate vorn N 555.

vo: N 14 dargelegten Gründen die Arbeitnehmereigenschaft zuzuerkennen ist.

2. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

Bei diesen Personengesellschaften sind zwei Gruppen von Gesellschaftern zu unterscheiden: einerseits die Kollektivgesellschafter und die Komplementäre der Kommanditgesellschaften, deren rechtliche Stellung dieselbe ist und durch die unbeschränkte Haftung charakterisiert wird, andererseits die Kommanditäre der Kommanditgesellschaften, die persönlich bloss beschränkt haften.

a) Die Kollektivgesellschafter und die Komplementäre der Kommanditgesellschaften sind von Gesetzes wegen unbeschränkt haftende und vertretungsbefugte Gesellschafter⁵⁷⁹. Auf Grund dieser Eigenschaft gelten sie als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung und sind deshalb nach dieser beitragspflichtig⁵⁸⁰, was ihre Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung von vorneherein ausschliesst, da eine doppelte Abgabepflicht für ein und dieselbe Tätigkeit nicht zulässig ist. Ueberdies hat die AKL entschieden, dass auch vom Standpunkt der Lohnersatzordnung aus die Arbeitnehmereigenschaft von unbeschränkt haftenden und vertretungsbefugten Kollektivgesellschaftern verneint werden müsse; denn die Gesellschaft besitze keine eigene Rechtspersönlichkeit, sodass zwischen ihr und den Gesellschaftern kein Ueber- und Unterordnungsverhältnis bestehen könne. Der geschäftsführende Gesellschafter, der durch seine Handlungen sich selbst wie die Gesellschaft berechtige und verpflichte, gelte als selbständiger Unternehmer⁵⁸¹. In diesem Sinne müsste selbst dann entschieden werden, wenn die Geschäftsführung und Vertretung durch Gesellschaftsvertrag einem einzigen Gesellschafter übertragen und dieser damit infolge seiner Verantwortlichkeit den übrigen Gesellschaftern gegenüber sowie wegen der von diesen ausgeübten Kontrolle in eine gewisse Abhängigkeit geraten würde.

⁵⁷⁹ OR 563, 568 I, 603, 604.

⁵⁸⁰ Vgl. Zitate vorn N 555 und dortigen Kontext.

⁵⁸¹ AKL 420, ZLV 1944, 103. — Das gilt selbstverständlich in analoger Weise für Komplementäre in Kommanditgesellschaften.

Möglich ist nun aber, dass einem Kollektivgesellschafter oder einem Komplementär einer Kommanditgesellschaft die Vertretungsbefugnis gemäss Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht zusteht oder dass sie ihm aus wichtigen Gründen richterlich entzogen wurde (OR 565 und 603). Damit entfällt eine wesentliche Voraussetzung für die Unterstellung unter die Verdienstersatzordnung, sodass sich die Frage erhebt, ob er als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu betrachten sei. Die AKL hatte bisher noch keine Gelegenheit zu einer positiven Entscheidung in dieser grundsätzlichen Frage⁵⁸². Da die unbeschränkte Haftung als Merkmal wirtschaftlich selbständiger Erwerbstätigkeit anzusprechen ist, müsste ein Abhängigkeitsverhältnis aus andern Umständen, z. B. aus einer persönlichen Subordination hergeleitet werden, um die Arbeitnehmereigenschaft bejahen zu können⁵⁸³. Dies dürfte umso eher möglich sein, als ein Gesellschafter, der nach aussen die Vertretungsbefugnis nicht besitzt, in der Regel auch im Innenverhältnis die Geschäftsführung nicht innehaben, sondern eventuell sogar eine untergeordnete Tätigkeit nach Weisungen eines andern ausüben wird. Um zu vermeiden, dass solche Gesellschafter weder durch die Verdienst- noch durch die Lohnersatzordnung erfasst werden, dürfte es als angezeigt erscheinen, sie trotz ihrer unbeschränkten Haftung durch entsprechende Ableitung eines Abhängigkeitsverhältnisses als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung zu behandeln, vorausgesetzt, dass sie überhaupt für ihre Tätigkeit entschädigt werden. Dabei ist zu beachten, dass auch ein Gewinnanteil zum mindesten teilweise Arbeitsentgelt darstellen kann, da es sich bloss um eine besondere Art der Lohnbemessung handelt⁵⁸⁴.

b) Demgegenüber gelten Kommanditäre von Kommanditgesellschaften nach ständiger Rechtsprechung der AKL stets als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung. Abgesehen davon, dass die Haftung der Kommanditäre eine bloss bis zur Höhe der vereinbarten Kommanditsumme beschränkte ist (OR 608 I) und damit die Stel-

⁵⁸² Der einzige (publizierte) bisher zu beurteilende Fall, der diesen Tatbestand aufwies, war nach der Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe (vorn § 8 II B) zu entscheiden (AKL 549, Erw. 1, ZLV 1946, 113).

⁵⁸³ Vgl. dazu die Ausführungen vorn A 3.

⁵⁸⁴ Vgl. vorn § 4 II B 3.

lung der Kommanditäre vom Gesichtspunkt der Risikobeteiligung aus nicht als selbständig zu charakterisieren vermag, wird die Arbeitnehmer-eigenschaft vor allem mit folgender Begründung bejaht:

Die Kommanditgesellschaft tritt, ohne die juristische Persönlichkeit zu haben, als wirtschaftliche Organisation im Rechtsverkehr auf (OR 602), wobei sie durch ihre unbeschränkt haftenden Komplementäre vertreten wird (OR 603), die auch zur Geschäftsführung befugt sind (OR 599). Dagegen sind die beschränkt haftenden Teilhaber in ihrer Eigenschaft als Kommanditäre zur Geschäftsführung weder verpflichtet noch berechtigt (OR 600), und die Vertretung steht ihnen von Gesetzes wegen nicht zu. Wenn sie deshalb z. B. durch Prokura oder Handlungsvollmacht trotzdem mit der Geschäftsführung und Vertretung beauftragt werden oder sonstwie in der Gesellschaft tätig sind, so tun sie das auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses, das nach Auffassung der AKL als Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung zu qualifizieren ist⁵⁸⁵.

Damit wird die Arbeitnehmereigenschaft der Kommanditäre in der Praxis grundsätzlich bejaht, wiederum vorausgesetzt, dass sie für ihre Tätigkeit ein Entgelt beziehen. Dabei ist gegebenenfalls auch der Anteil am Geschäftsgewinn zum mindesten teilweise als Arbeitsentgelt zu bewerten, sofern kein besonderes Honorar verabfolgt wird, welche Möglichkeit in OR 601 III ausdrücklich vorgesehen ist⁵⁸⁶. Die Behandlung der Kommanditäre als Arbeitnehmer entspricht übrigens auch einer in andern Sozialgesetzen vertretenen Auffassung⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ AKL 53, ZLV 1941, 86; AKL 123, ZLV 1941, 315; AKL 466, ZLV 1944, 291; AKL 563, ZLV 1945, 266; AKL 738, Erw. 1, ZAK 1947, 345.

⁵⁸⁶ AKL 466, ZLV 1944, 291; „Auszüge aus Entscheiden von Schiedskommissionen“ Nr. 66, ZLV 1943, 60. Vgl. zur Frage des Arbeitsentgeltes bei Kommanditären: Ausk. 63, ZAK 1946, 594.

⁵⁸⁷ Vgl. z. B. VO I über die Unfallversicherung vom 25. März 1916 (AS 32, 121) Art. 24 IV, wonach Kommanditäre als Angestellte oder Arbeiter im Sinne des KUVG gelten, sofern sie zur Gesellschaft in einem Anstellungsverhältnis stehen. Vgl. dazu H. Giorgio/P. Nabholz, Die schweizerische obligatorische Unfallversicherung, Zürich 1918, S. 65.

3. Einfache Gesellschaften⁵⁸⁸

Bei Teilhabern von einfachen Gesellschaften wird die Beantwortung der Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft dadurch erschwert, dass die Voraussetzungen, unter denen sie gegebenenfalls als Selbständigerwerbende im Sinne der Verdienstersatzordnung gelten, im Gesetz nicht umschrieben sind, wie dies bei den Kollektivgesellschaftern und Komplementären durch die Merkmale der unbeschränkten Haftung und der Vertretungsbefugnis geschieht. Es wird lediglich statuiert, dass sie dann der Verdienstersatzordnung unterstellt und nach dieser beitragspflichtig sind, wenn sie im Hauptberuf als Selbständigerwerbende in der Gesellschaft tätig sind⁵⁸⁹. Damit wird jedoch über die Frage, wann eine Selbständigkeit anzunehmen ist, nichts ausgesagt, sodass für die Praxis keine Anhaltspunkte dafür bestehen, wann nun im Sinne der Lohnersatzordnung ein Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen ist.

Die Praxis hat deshalb einerseits vom Standpunkt der Verdienstersatzordnung festzustellen, unter welchen Umständen Teilhaber von einfachen Gesellschaften als Selbständigerwerbende zu betrachten sind, und andererseits, wann sie in einem Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung stehen. Dabei besteht kein Grund, für die eine Feststellung eine andere Betrachtungsweise zu wählen als für die andere, sodass, falls die Selbständigkeit im Sinne der Verdienstersatzordnung verneint wird, ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung anzunehmen und umgekehrt, sofern ein Abhängigkeitsverhältnis verneint wird, die Unterstellung unter die Verdienstersatzordnung als Selbständigerwerbender gegeben ist. Damit wird der Kreis der von der Lohn- oder Verdienstersatzordnung erfassten Teilhaber

⁵⁸⁸ Als einfache Gesellschaften im Sinne der nachfolgenden Ausführungen gelten auch die im Handelsregister nicht eintragungspflichtigen sog. nicht-kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Vgl. OR 553, 595; „Entscheide der Schiedskommissionen für die Lohn- und Verdienstersatzordnung“ Nr. 8, ZLV 1941, 125; **AKV 495**, Erw. 1, ZLV 1945, 330. Ueber die Frage, wann eine einfache Gesellschaft anzunehmen ist, vgl. **AKV 411**, ZLV 1944, 363; **AKV 413**, ZLV 1944, 364; **AKV 631**, ZAK 1947, 129.

⁵⁸⁹ Vfg. 48 Art. 7 I Satz 1.

von einfachen Gesellschaften, soweit sie im Hauptberuf tätig sind, geschlossen, da nach den gesetzlichen Vorschriften, wie schon eingangs erwähnt, bloss hauptberuflich in einfachen Gesellschaften tätige Selbständigerwerbende der Verdienstersatzordnung unterstellt werden können⁵⁹⁰

Es fragt sich deshalb nur noch, ob auch den von der Unterstellung unter die Verdienstersatzordnung ausgeschlossenen nebenberuflich tätigen Teilhabern die Arbeitnehmereigenschaft zuzuerkennen sei, da Gefahr besteht, dass die Bezüge aus dieser nebenberuflichen Erwerbstätigkeit weder durch die Beitragspflicht nach der Verdienstersatzordnung noch durch diejenige nach der Lohnersatzordnung erfasst werden, was dem Solidaritätsprinzip widersprechen würde, wie schon vorn unter A 3 ausgeführt worden ist. Da jedoch anzunehmen ist, dass solche Teilhaber bereits für ihren Erwerb aus ihrer Haupttätigkeit zur Beitragspflicht nach Lohn- oder Verdienstersatzordnung herangezogen werden, rechtfertigt sich in diesen Fällen eine allzu weitgehende Interpretation des Arbeitnehmerbegriffs nicht. —

Auf welche Weise soll nun in einfachen Gesellschaften die Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit vorgenommen werden?

a) Nicht entscheidend für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft kann der Umstand sein, dass ein Gesellschafter Lohn bezieht. Zwar besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Honorar für Arbeitsleistungen nicht (OR 537 III); das schliesst jedoch eine gegen-
teilige vertragliche Vereinbarung nicht aus⁵⁹¹. Ausserdem steht der Lohnbezug mit der Frage nach der Abhängigkeit in keinem Zusammenhang; er ist auch bei selbständigerwerbenden Gesellschaftern möglich⁵⁹². Deshalb kann die in einem Kreisschreiben des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit⁵⁹³ vertretene Auffassung,

⁵⁹⁰ Aus Gründen des Missbrauchs; vgl. Abh. ZLV 1944, 239/40; 1945, 22.

⁵⁹¹ Siegwart, Art. 537 N 11.

⁵⁹² Vgl. z.B. Tatbestand von AKV 324, ZLV 1943, 516.

Auch im Sinne des KUVG können Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft nicht als versicherungspflichtige Arbeiter oder Angestellte gelten einzig deshalb, weil sie für ihre Tätigkeit in der Gesellschaft einen festen Lohn beziehen; vgl. Giorgio/Nabholz (zit. N 587) 65.

⁵⁹³ KS 63 des BIGA vom 29.7.44, B V 2 b.

der Bezug eines Lohnes schliesse die selbständige Stellung aus, nicht geteilt werden.

Ebensowenig kann der an der gleichen Stelle geäusserten Meinung beige pflichtet werden, dass wesentliches Merkmal der Selbständigkeit unter anderem der regelmässige Bezug eines Gewinnteils darstelle. Denn bei Gesellschaftern, die zum gemeinsamen Zweck Arbeit beitragen und deshalb gemäss OR 533 III vertraglich von der Partizipierung am Verlust befreit werden können, ist der Anteil am Gewinn sicher teilweise nichts anderes als Arbeitsentschädigung, was aber über die Frage der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Arbeit Leistenden gar nichts aussagt.

b) Auf die Haftungsverhältnisse abzustellen, ist deshalb nicht möglich, weil diese bei den einfachen Gesellschaften wesentlich anders gestaltet sind, als in Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Bei diesen Personengesellschaften können sich die Gesellschafter keinesfalls der persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten entziehen, welche die die Gesellschaft vertretenden Teilhaber eingehen⁵⁹⁴. Die Haftungsverhältnisse sind einfach und zudem aus dem Handelsregister ersichtlich. Anders dagegen in einfachen Gesellschaften: Die Teilhaber haften unbeschränkt und solidarisch nur insofern für Verbindlichkeiten, die ein Gesellschafter eingeht, als dieser im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter und nicht bloss in eigenem Namen handelt⁵⁹⁵. Da dabei die Regeln über die Stellvertretung zur Anwendung kommen, besteht eine Haftung der übrigen Gesellschafter bloss dann, wenn der handelnde Gesellschafter bevollmächtigt ist. Durch die ausdrückliche Verweigerung oder Beschränkung der Vollmacht kann sich deshalb ein Gesellschafter von der Haftung für Verbindlichkeiten eines Mitgesellschafters ganz oder teilweise befreien⁵⁹⁶.

c) Infolge dieser nicht ganz einfachen und deshalb für eine klare Entscheidung der Frage nach der unselbständigen bzw. selbständigen Erwerbstätigkeit nicht verwendbaren Regelung der Haftungsverhältnisse nach aussen erscheint es als gegeben, in erster Linie darauf

⁵⁹⁴ OR 568 II.

⁵⁹⁵ OR 543, 544 III.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu Guhl 386; Siegwart, Art. 544 N 28.

abzustellen, ob ein Gesellschafter im Innenverhältnis durch Beteiligung an Gewinn und Verlust ein Risiko übernimmt oder nicht.

aa) Ein Abhängigkeitsverhältnis dürfte jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn eine blosse Gewinnbeteiligung vorliegt. Eine solche schliesst zwar das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses nicht aus⁵⁹⁷; denn nach OR 533 III ist es zulässig, einen Gesellschafter, der zum gemeinsamen Zweck Arbeit beizutragen hat, vertraglich von der Partizipierung am Verlust zu befreien. Dadurch wird jedoch sein wirtschaftliches Risiko stark reduziert, sodass die Arbeitnehmereigenschaft selbst dann bejaht werden dürfte, wenn er die Geschäftsführung und Vertretung innehat.

bb) Demgegenüber wird man ein Abhängigkeitsverhältnis bei den sowohl an Gewinn wie am Verlust beteiligten Teilhabern dann verneinen müssen, wenn sie die Geschäftsführung nach innen und die Vertretung nach aussen haben⁵⁹⁸. Mangels gegenteiliger Vereinbarung steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zu (OR 535 I). Dabei gilt die gesetzliche Vermutung, dass die geschäftsführenden Gesellschafter auch zur Vertretung gegenüber Dritten befugt sind (OR 543 III).

Wenn dagegen, sei es gemäss vertraglicher Vereinbarung (OR 535 I) oder infolge Entzuges aus wichtigen Gründen (OR 539 II), einem an Gewinn und Verlust beteiligten Gesellschafter die Geschäftsführung und Vertretung nicht zusteht und er auf andere Weise für die Gesellschaft gegen Entgelt tätig ist, so ist ihm die Arbeitnehmereigenschaft zuzuerkennen. Ebenso wird dieselbe dadurch begründet, dass einem Gesellschafter die Geschäftsführung und Vertretung allein übertragen wird⁵⁹⁹, oder wenn seine Mitarbeit auf Grund eines

⁵⁹⁷ Siegwart, Art. 533 N 7.

⁵⁹⁸ Vgl. KS 63 des BIGA vom 29.7.44, B V 2 b:

„Als wesentliche Merkmale der selbständigen Stellung in der Wirtschaft gelten das Auftreten als Selbständigerwerbende gegen aussen (beispielsweise die Befugnis zum selbständigen Abschluss von Geschäften, und zwar Unterzeichnung von Verträgen), ...“

Vgl. auch **AKV 324**, ZLV 1943. 515; **AKV 631**, Erw. 2, ZAK 1947, 129.

⁵⁹⁹ OR 535 I.

vom Gesellschaftsvertrag unabhängigen besonderen Rechtsverhältnisses zu einem oder mehreren oder allen Gesellschaftern erfolgt, wodurch er in ein Abhängigkeitsverhältnis zu diesen gerät⁶⁰⁰.

III. Gemeinschaftsverhältnisse

Als Gemeinschaftsverhältnisse im Sinne der nachstehenden Ausführungen gelten lediglich Erbgemeinschaften und Gemeinderschaften im Sinne von ZGB 602 bzw. 336 ff.⁶⁰¹, und zwar nur diejenigen, die einen gewerblichen Betrieb führen⁶⁰², da, wie schon unter I 2 ausgeführt wurde, Teilhaber von Gemeinschaftsverhältnissen in der Landwirtschaft der Verdienstersatzordnung unterstellt sind, was ihre Arbeitnehmereigenschaft ausschliesst.

Für die Teilhaber von Gemeinschaftsverhältnissen im Gewerbe ist nun vom Gesetzgeber eine Sonderregelung getroffen worden, die das Problem der Abgrenzung der unselbständigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit von vorneherein ausschaltet und damit die Praxis von der schwierigen Prüfung und Entscheidung der Frage entbindet, wann ein Abhängigkeitsverhältnis der Mitglieder von Gemeinschaftsverhältnissen anzunehmen sei. In Vfg. 48 Art. 8 wird nämlich bestimmt:

„In Gemeinschaftsverhältnissen (Erbgemeinschaften, Gemeinderschaften) ist mit Zustimmung der Ausgleichskasse ein Mitglied als Betriebsleiter zu bezeichnen. Die andern gelten, sofern sie im Betrieb regelmässig tätig sind, als mitarbeitende Familienglieder im Sinne von Art. 9.“

Damit werden die Mitglieder von Gemeinschaftsverhältnissen wie Glieder einer Familie, die ein Gewerbe betreibt, behandelt und als

⁶⁰⁰ AKL 601, ZLV 1945, 477. Vgl. auch Giorgio/Nabholz (zit. N 587) 66.

⁶⁰¹ Ursprünglich galten auch einfache Gesellschaften als Gemeinschaftsverhältnisse in diesem Sinne; vgl. alt Vfg. 9 (zit. N 516) Art. 11. Ueber die Gründe der späteren Aenderung vgl. die Abb. in ZLV 1944, 239 ff. und 1945, 22.

⁶⁰² Ueber den Begriff des gewerblichen Betriebes vgl. vorn bei N 528.

einheitliches Gebilde formell der Verdienstersatzordnung unterstellt. Materiell dagegen ist zu unterscheiden:

1. *Ein Mitglied* gilt von Gesetzes wegen als selbständigerwerbender Betriebsleiter im Sinne der Verdienstersatzordnung, der damit auch materiell nach der Verdienstersatzordnung beitragspflichtig ist⁶⁰³, was seine Arbeitnehmereigenschaft ausschliesst⁶⁰⁴. Als Betriebsleiter wird derjenige Gemeinschaftler zu bezeichnen sein, der den Betrieb tatsächlich führt, d. h. die entscheidenden Dispositionen trifft⁶⁰⁵. Doch muss es nach dem Wortlaut des Gesetzes auf jeden Fall ein Mitglied der Gemeinschaft sein. Deshalb ist selbst in Fällen, in denen die Betriebsleitung nicht einem Mitglied der Gemeinschaft, sondern einem aussenstehenden, von der Gemeinschaft angestellten Dritten übertragen ist, ein im Betrieb tätiger Gemeinschaftler als „rechtlicher Betriebsleiter“ zu bezeichnen, der damit als Selbständigerwerbender im Sinne der Verdienstersatzordnung gilt, obschon er es faktisch nicht ist, sondern wie ein Angestellter nach Anordnungen des Dritten arbeitet. Denn der „faktische Betriebsleiter“, also der Dritte, ist Arbeitnehmer der Gemeinschaft und kann als Nichtgemeinschaftler die Betriebsleitereigenschaft nicht haben. In *Gemeinschaften* speziell erscheint es als angebracht, in analoger Anwendung der für landwirtschaftliche Gemeinschaftsverhältnisse geltenden Bestimmung⁶⁰⁶ gegebenenfalls das nach ZGB 341 I bezeichnete Haupt als Betriebsleiter zu ernennen.

2. Für die *übrigen im Betriebe regelmässig tätigen Mitglieder* des Gemeinschaftsverhältnisses kommen die Bestimmungen über mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe zur Anwendung⁶⁰⁷, d. h. sie unterstehen zwar formell der Verdienstersatzordnung, sind jedoch materiell nach den Bestimmungen der Lohnersatzordnung beitragspflichtig⁶⁰⁸ ohne Rücksicht darauf, ob sie die Voraussetzungen der

⁶⁰³ AVEO 10 I a (22.5.44; AS 60, 351).

⁶⁰⁴ Vgl. vorn bei N 545.

⁶⁰⁵ Vgl. Zitate vorn N 541 und 542.

⁶⁰⁶ AVEO 8 II Satz 2 (25.6.40; AS 56, 976).

⁶⁰⁷ Vfg. 48 Art. 8 Satz 2 in Verbindung mit Art. 9 I; vgl. Wortlaut vorn nach N 602 und nach N 516.

Arbeitnehmereigenschaft erfüllen. Sie gelten somit von Gesetzes wegen als Arbeitnehmer, was auch z. B. die Anwendung der Bestimmung von VW 2 I ausschliesst⁶⁰⁹.

Wenn es in Vfg. 48 Art. 8 Satz 2 heisst, die übrigen Mitglieder der Gemeinschaft gelten als mitarbeitende Familienglieder, so bedeutet das selbstverständlich nicht, dass diese Bestimmung nur auf männliche Mitglieder Anwendung finde, oder dass die Mitglieder untereinander verwandt sein müssen; es ist vielmehr ganz klar, dass sämtliche Mitglieder schlechthin ohne Rücksicht auf Geschlecht oder Verwandtschaft davon erfasst werden; denn die Bestimmung sagt nicht, dass die andern Mitglieder der Gemeinschaft Familienglieder seien, sondern nur, dass sie wie solche zu behandeln sind⁶¹⁰.

Die beiden einzigen Voraussetzungen für die Anwendung der Sonderregelung für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe auf Mitglieder von Gemeinschaftsverhältnissen sind deshalb neben dem Bezug eines Bar- oder Naturallohnes⁶¹¹, welche Voraussetzung im Hinblick auf das System der Beitragserhebung in der Lohnersatzordnung selbstverständlich ist, die folgenden:

a) Die Mitglieder der Gemeinschaftsverhältnisse müssen im Betriebe regelmässig tätig sein⁶¹². Wann eine Tätigkeit als regelmässige in diesem Sinne zu gelten hat, wird im Gesetz nicht ausgeführt. Jedenfalls geht es nicht an, die für regelmässig mitarbeitende männliche Familienglieder in der Landwirtschaft aufgestellte gesetzliche Umschreibung⁶¹³ in analoger Weise anzuwenden, da dieselbe von anderen Voraussetzungen ausgeht. Dagegen dürfte die Auslegung nach den weiter vorn⁶¹¹ für mitarbeitende männliche Familienglieder im Gewerbe aufgestellten Grundsätzen angebracht sein.

⁶⁰⁸ Vgl. vorn nach N 517.

⁶⁰⁹ Vgl. vorn bei N 537.

⁶¹⁰ Vgl. dazu **AKV 131**, ZLV 1942, 128, wo eine diesbezüglich irrtümliche Auslegung der gleichlautenden analogen Bestimmung für Gemeinschaftsverhältnisse in der Landwirtschaft, nämlich von AVEO 8 II Satz 3 (25.6.40; AS 56, 976), durch eine Schiedskommission von der AKV richtiggestellt wird.

⁶¹¹ Vgl. 48 Art. 9 I; vgl. Wortlaut vorn nach N 516.

⁶¹² Vgl. 48 Art. 8 Satz 2; vgl. Wortlaut vorn nach N 602.

⁶¹³ Vgl. Zitat vorn N 492 und dortigen Kontext.

⁶¹⁴ Bei N 530.

b) Es erscheint als selbstverständlich, dass die ganze Regelung von Vfg. 48 Art. 8 nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn das gewerbliche Unternehmen überhaupt von der Gemeinschaft selbst betrieben wird und nicht — etwa infolge Verpachtung — durch einen Dritten, der nicht Mitglied des Gemeinschaftsverhältnisses ist. Allfällig in einem solchen von einem Dritten auf seine Rechnung geführten Betrieb tätige Mitglieder der Gemeinschaft würden deshalb hinsichtlich ihrer Arbeitnehmereigenschaft den allgemeinen Bestimmungen der Lohnersatzordnung unterworfen sein.

3. KAPITEL

§ 10. Die örtlichen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft

I. Im allgemeinen

A. Auf Arbeitgeberseite

1. Die Frage nach den Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in örtlicher Hinsicht stellt das Problem des örtlichen Geltungsbereiches der Lohnersatzordnung zur Diskussion. Bei der Abgrenzung desselben hatte der Gesetzgeber davon auszugehen, dass infolge der besonderen Gestaltung des Beitragserhebungssystems, wonach die Abgabepflicht von 4% dem Arbeitgeber obliegt, grundsätzlich immer nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammen als Einheit der Beitragspflicht unterworfen sind und nie jeder für sich allein⁶¹⁵. Es erschien deshalb gegeben, das Kriterium für die Abgrenzung des örtlichen Geltungsbereiches nicht in den Personen, deren Tätigkeit erfasst wird, zu suchen, sondern im Erwerbsunternehmen, in dem sie sich betätigen, d. h. im Betrieb⁶¹⁶, sodass dessen Lage in der Schweiz für die Unterstellungspflicht unter die Lohnersatzordnung entscheidend ist. Damit werden alle Arbeitgeber erfasst, die in der Schweiz ein Geschäft betreiben, und gleichzeitig alle Arbeitnehmer, die zu ihnen in einem Dienstverhältnis im Sinne der Lohnersatzordnung stehen.

Primär ist somit für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in örtlicher Hinsicht erforderlich, dass der Betrieb in der Schweiz liegt, wie dies in ALEO 1⁶¹⁷ zum Ausdruck kommt.

⁶¹⁵ Vgl. die Ausführungen vorn § 2 III B 3.

⁶¹⁶ AKL 240, lit. a, ZLV 1943, 25.

⁶¹⁷ 4.1.40 (AS 56, 11):

„Der Bundesratsbeschluss ... vom 20. Dezember 1939 ... bezieht sich auf alle Betriebe, die im Gebiete der Schweiz liegen.“

a) Auf die Frage, was unter einem Betrieb im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist, braucht im Hinblick darauf, dass die Abklärung dieser Frage bisher in der Praxis im Einzelfall zu keinen Schwierigkeiten geführt hat, nicht näher eingetreten zu werden.

Wesentlich ist jedoch, dass als Betriebe auch Zweigbetriebe gelten⁶¹⁸. Damit können selbstverständlich nur in der Schweiz liegende Zweigbetriebe von Firmen gemeint sein, deren Hauptbetrieb im Ausland domiziliert ist. Dabei ist, soweit es sich um ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe handelt, auf den handelsrechtlichen Begriff der Zweigniederlassung im Sinne von OR 935 abzustellen⁶¹⁹. Als solche gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht „alle Geschäftsstellen, Agenturen, Ablagen, Einnehmereien usw., sondern nur solche Geschäftsniederlassungen, die eine gewisse Selbständigkeit in wirtschaftlicher und geschäftlicher Beziehung, eine Organisation und namentlich eine eigene Buchführung aufweisen und jederzeit ohne weiteres als selbständige Unternehmen geführt werden könnten“⁶²⁰. Für eine solche selbständige Betriebsführung eines Zweigbetriebes spricht vor allem der Umstand, dass das Personal desselben nicht vom Hauptbetrieb, sondern von der Leitung des Zweigbetriebes selbst angestellt wird. Dieser Umstand dürfte auch in den Fällen ausschlaggebend sein, in denen es sich nicht um einen Handels-, Fabrikations- oder einen andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbebetrieb handelt.

Aus diesen Prinzipien ergibt sich umgekehrt, dass im Ausland liegende Zweigbetriebe von Unternehmungen mit Hauptsitz in der Schweiz dann nicht als Arbeitgeber im Sinne der Lohnersatzordnung gelten können, wenn sie rechtlich soweit verselbständigt sind, dass sie ihr Personal in eigenem Namen anstellen und selbständig entlohnen können, sodass diese Arbeitskräfte nicht als Angestellte der Unternehmungen in der Schweiz gelten⁶²¹. Dabei wird die Entscheidung der

⁶¹⁸ VW 1 I Satz 1 (24.3.45, AS 61, 197); vgl. Wortlaut N 630. Vgl. den Fall **AKL 683**, ZLV 1946, 465.

⁶¹⁹ Hans Huber, SJZ 1945, 54.

⁶²⁰ Guhl 578 und dort zitierte Entscheidungen des Bundesgerichts. — Die Tatsache z. B., dass sich ein in der Schweiz tätiger, im Dienste einer im Ausland gelegenen Firma stehender Agent-Vertreter in der Schweiz in das Handelsregister eintragen lässt, genügt nicht, um einen Zweigbetrieb anzunehmen; vgl. **AKL 149**, Erw. 2, ZLV 1942, 108.

⁶²¹ Ausk. 79, ZLV 1942, 345; **AKL 294**, ZLV 1943, 266.

Frage, wann eine Selbständigkeit des Zweigbetriebes im Ausland anzunehmen ist, nicht immer leicht zu treffen sein, da der Grad der Selbständigkeit oft durch die Gesetzgebung des betreffenden ausländischen Staates bestimmt ist.

b) Die Feststellung, ob ein Betrieb oder Zweigbetrieb in der Schweiz liegt, dürfte in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten. Selbstverständlich braucht der Arbeitsort des Arbeitnehmers nicht der Ort des Betriebes zu sein; ein Arbeitnehmer kann seine Tätigkeit im Ausland ausüben, während der Betrieb in der Schweiz liegt⁶²². Ebenso wenig braucht der Ort des Betriebes mit dem Geschäftsdomizil identisch zu sein. Das letztere kann im Ausland liegen — sofern dies nach dem gemeinen Recht überhaupt zulässig ist —, nach dem Wortlaut von ALEO 1⁶²³ ist dies unerheblich, entscheidend ist allein die Lage des Betriebes in der Schweiz. Ohne Bedeutung ist in allen diesen Fällen auch der Wohnsitz des Arbeitgebers, was ursprünglich im Gesetz ausdrücklich festgestellt wurde⁶²⁴.

2. Mit der Arbeitgebereigenschaft ist jedoch nicht immer die Führung eines Betriebes verbunden. Es gibt Arbeitgeber, natürliche wie juristische Personen, bei denen ein „Betrieb“ überhaupt nicht vorliegt; man denke an die Hausdienstarbeitgeber, an die Vereine, Stiftungen usw. Aus dem Wortlaut von ALEO 1⁶²⁵ und alt VW 1 I⁶²⁶ könnte nun geschlossen werden, dass solche Arbeitgeber und mit ihnen ihre Arbeitnehmer die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung überhaupt nicht besitzen könnten. Allein dieser Schluss ist unzulässig; der Betriebsbegriff im Sinne der erwähnten Bestimmungen ist nicht so eng auszulegen. Die Fassung von ALEO 1 will den Geltungsbereich von LEO 1 I⁶²⁷ keineswegs einschränken, sondern hat jene Fälle von Unternehmungen im Auge, bei denen sich

⁶²² Ausk. 79, ZLV 1942, 345.

⁶²³ Vgl. N 617.

⁶²⁴ Alt VW 1 I (27.1.40; AS 56, 140):

„Arbeitgeber, deren Betrieb oder Zweigbetrieb in der Schweiz liegt, werden vom Bundesratsbeschluss erfasst, auch wenn sie im Ausland wohnen.“

⁶²⁵ Vgl. N 617.

⁶²⁶ Vgl. N 624.

⁶²⁷ 20.12.39, AS 55, 1505; Vgl. Wortlaut vorn bei N 113.

die Frage der international-rechtlichen Geltung besonders stellt. Die Bestimmung soll auf keinen Fall besagen, dass die Lohnersatzordnung nur auf „Betriebe“ Anwendung finde⁶²⁸.

Worin liegt nun in diesen Fällen, in denen ein Betrieb nicht vorhanden ist, das Abgrenzungskriterium für den räumlichen Geltungsbereich? Aus dem schon eingangs Ziff. 1 erwähnten Grunde muss es in erster Linie beim Arbeitgeber und nicht beim Arbeitnehmer ruhen, wobei nur der Wohnsitz in Frage kommen kann⁶²⁹. Deshalb ist subsidiär, d. h. bei Arbeitgebern ohne Betrieb, für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in örtlicher Hinsicht erforderlich, dass der Arbeitgeber in der Schweiz Wohnsitz hat. Das kommt nunmehr in der revidierten Fassung von VW 1 I⁶³⁰ klar zum Ausdruck, womit allerdings kein neues Recht geschaffen wurde⁶³¹, denn die Bestimmungen von ALEO 1 und alt VW 1 I⁶³² waren stets in diesem Sinne auszulegen. Bei juristischen Personen (Ver-einen, Stiftungen) ist der Ort ihres statutarischen Sitzes entscheidend.

Zusammenfassend sei hier wiederholt, dass prinzipiell die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in örtlicher Hinsicht dann zu be-jahen ist, wenn der Betrieb in der Schweiz liegt, oder, falls ein Be-trieb nicht vorliegt, der Arbeitgeber in der Schweiz seinen Wohnsitz hat.

B. Auf Arbeitnehmerseite

Die vorstehend unter A beschriebenen, auf Arbeitgeberseite ge-forderten Voraussetzungen waren nach der ursprünglich geltenden ge-setzlichen Regelung überhaupt die einzigen Voraussetzungen der Arbeit-geber- und Arbeitnehmereigenschaft in örtlicher Hinsicht. Die Tat-sache allein, dass ein Arbeitgeber in der Schweiz einen Betrieb führte

⁶²⁸ AKL 280, ZLV 1943, 203.

⁶²⁹ AKL 240, lit. b, ZLV 1943, 25.

⁶³⁰ VW 1 I Satz 1 (24.3.45; AS 61, 197):

„Arbeitgeber, deren Betrieb oder Zweigbetrieb in der Schweiz liegt, sowie Personen, die keinen Betrieb führen, aber in der Schweiz wohnen und Arbeitnehmer beschäftigen, sind der Lohnersatzordnung unterstellt.“

⁶³¹ Wie man aus dem KS 78 des BIGA vom 24.3.45, Ziff. I 1 Abs. 2 schlies-sen könnte.

⁶³² Vgl. N 617 und 624.

oder, falls ein Betrieb nicht vorhanden war, in der Schweiz Wohnsitz hatte, genügte auf jeden Fall für die Unterstellung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter die Lohnersatzordnung. Da das Kriterium allein beim Arbeitgeber lag, sind weitere Voraussetzungen auf Arbeitnehmerseite als überflüssig betrachtet worden. Weder der Wohnsitz noch der Arbeitsort des Arbeitnehmers, der mit dem Betriebsort nicht identisch zu sein braucht, waren irgendwie von Einfluss. Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung bestand somit auch dann, wenn der Arbeitnehmer im Ausland arbeitete oder wohnte⁶³³.

Diese Abgrenzung des örtlichen Geltungsbereiches erwies sich im Laufe der Zeit in doppelter Hinsicht als unzulänglich:

1. Als zu eng erwies sie sich in bezug auf den Anspruch auf Lohnausfallentschädigung von Arbeitnehmern, welche zusammen mit ihren Arbeitgebern der Lohnersatzordnung nicht unterstellt werden konnten, weil auf Arbeitgeberseite die einzige örtliche Voraussetzung (Lage des Betriebes bzw. Wohnsitz des Arbeitgebers in der Schweiz) nicht erfüllt war. Ich werde nachstehend unter II auf diesen Fall zurückkommen, da es sich um eine Sonderregelung für Arbeitnehmer handelt, deren Arbeitgeber der Lohnersatzordnung nicht unterstellt sind.

2. Andererseits wurde die Abgrenzung aber auch als zu weit empfunden und zwar im Hinblick auf die Beitragspflicht. Aus dem ursprünglich in alt VW 1 II⁶³⁴ enthaltenen Grundsatz, wonach alle Arbeitnehmer, die zu einem der Lohnersatzordnung unterstellten Arbeitgeber in einem Dienstverhältnis stehen, der Lohnersatzordnung unterstellt sind, auch wenn sie im Ausland wohnen, hatte die AKL den Grundsatz abgeleitet, dass auch diejenigen im Ausland wohnenden Arbeitnehmer eines in der Schweiz liegenden Betriebes der Lohnersatzordnung unterstehen, die ihre Tätigkeit im Ausland ausüben⁶³⁵. Die AKL begründete diese Auslegung mit dem Solidaritätsprinzip, welches eine extensive Interpretation der Bestimmungen über den Gel-

⁶³³ Alt VW 1 II (27.1.40; AS 56, 140).

⁶³⁴ 27.1.40 (AS 56, 140).

⁶³⁵ AKL 240, ZLV 1913 24. Vgl. auch „Entscheide der Schiedskommissionen“ Nr. 43, ZLV 1942, 57.

tungsbereich rechtfertigt, soweit keine gesetzlichen Schranken entgegenstehen.

Diese Praxis hatte nun allerdings verschiedene nachteilige Folgen, über die das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit in einem Kreisschreiben⁶³⁶ folgendes ausführte: „... Die praktischen Erfahrungen haben gezeigt, dass eine solche Ausdehnung des Geltungsbereiches der Lohnersatzordnung, die eine Abweichung vom Territorialprinzip bedeutet, zu Schwierigkeiten verschiedener Art führt. Es sei verwiesen auf die Auslandvertreter schweizerischer Firmen, die Heimarbeiterinnen im Vorarlberg, die für Schweizerfirmen tätig sind, die Angestellten in den Auslandagenturen der schweizerischen Zentrale für Verkehrsförderung usw. Die Erfassung dieser Arbeitnehmer hat dazu geführt, dass der Arbeitgeber in der Regel auch den Arbeitnehmerbeitrag auf sich nehmen musste, was zu berechtigten Klagen Anlass gab. ...“

Aus diesem Grunde sah sich der Gesetzgeber veranlasst, auch auf Arbeitnehmerseite bestimmte Voraussetzungen in örtlicher Hinsicht zu schaffen. Nach geltendem Recht wird demnach für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in örtlicher Hinsicht vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer in der Schweiz arbeitet oder, falls er im Ausland arbeitet, in der Schweiz Wohnsitz hat⁶³⁷. Diese Voraussetzungen haben nun allerdings zur Folge, dass im Ausland wohnende und dort für in der Schweiz gelegene Betriebe tätige Schweizerbürger vom Bezuge einer Lohnausfallentschädigung ausgeschlossen sind. Um ihnen dennoch einen Anspruch auf Lohnersatz zu verschaffen, werden sie als Auslandschweizer behandelt, welche, ohne dass die allgemeinen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft erfüllt sind, kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung der Lohnersatzordnung unterstellt werden können⁶³⁸.

⁶³⁶ KS 78 des BIGA vom 24.3.45, Ziff. I 1.

⁶³⁷ VW 1 I Satz 2 (24.3.45; AS 61, 197):

„Mit dem Arbeitgeber sind auch alle Arbeitnehmer, die zu ihm in einem Dienstverhältnis stehen, der Lohnersatzordnung unterstellt, wenn sie in der Schweiz arbeiten, oder, falls sie im Ausland arbeiten, in der Schweiz Wohnsitz haben.“

⁶³⁸ Vgl. hinten III 1.

II. Subsidiäre örtliche Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft

Wie schon vorn unter I B 1 ausgeführt wurde, hatte sich der ursprünglich nur durch die Kriterien auf Arbeitgeberseite abgegrenzte örtliche Geltungsbereich der Lohnersatzordnung in bezug auf den Anspruch auf Lohnausfallentschädigung als zu eng erwiesen. Die Tatsache, dass mit dem Arbeitgeber stets auch der Arbeitnehmer je nach der Lage des Betriebes bzw. des Wohnortes des Arbeitgebers der Lohnersatzordnung unterstellt war oder nicht, oder dass bei einer gesetzlichen Befreiung des Arbeitgebers von der Unterstellung zugleich auch der Arbeitnehmer befreit war⁶³⁹, hatte den unbefriedigenden Zustand zur Folge, dass Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität, die in der Schweiz wohnen und hier oder im Ausland für einen dort gelegenen Betrieb oder für einen gesetzlich von der Unterstellung befreiten Betrieb tätig sind, vom Bezuge einer Lohnausfallentschädigung ausgeschlossen waren⁶⁴⁰.

Aus diesem Grunde sah sich der Gesetzgeber veranlasst, vom Prinzip der gleichzeitigen Unterstellung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzuweichen und in bestimmten Fällen die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung auch dann zu statuieren, wenn die Arbeitgeberseigenschaft verneint werden muss oder der Arbeitgeber von Gesetzes wegen von der Beitragspflicht befreit ist. Da in solchen Fällen ein Arbeitgeber im Sinne der Lohnersatzordnung fehlt, musste das Abgrenzungskriterium beim Arbeitnehmer gesucht werden, wobei man sich für den Wohnsitz entschied.

Nach geltendem Recht haben nunmehr Arbeitnehmer, die im Dienste eines der Lohnersatzordnung nicht unterstellten oder von der Unterstellung befreiten Arbeitgebers tätig sind, dann die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung, wenn sie ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Damit erscheint der Wohnsitz eines Arbeitnehmers in der Schweiz als subsidiäre Voraussetzung der Ar-

⁶³⁹ Vgl. darüber hinten bei N 672.

⁶⁴⁰ KS 18 des BIGA vom 29.7.42. Ziff. I Abs. 1; KS 46 des BIGA vom 20.3.44, Ziff. I Abs. 1 und 2.

beitnehmereigenschaft. Das ergibt sich aus der Bestimmung von VW 1bis I⁶⁴¹, welche zwar nur die formalrechtliche Seite der Kassenzugehörigkeit solcher Arbeitnehmer regelt, jedoch damit indirekt auch materiell die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung statuiert. Unter die Bestimmung fallen selbstverständlich auch Ausländer, sofern sie nicht ausdrücklich als Arbeitnehmer von der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung befreit sind⁶⁴².

Im einzelnen haben folgende drei Arbeitnehmerkategorien die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von VW 1 bis I:

a) Grenzgänger, d. h. Arbeitnehmer, die in der Schweiz wohnen und täglich die Grenze überschreiten, um im benachbarten Ausland in einem dort gelegenen Betrieb oder bei einem dort wohnhaften Arbeitgeber ihrer Beschäftigung nachzugehen⁶⁴³;

b) Arbeitnehmer, die in der Schweiz wohnen und hier für im Ausland gelegene Betriebe tätig sind, wobei es sich hauptsächlich um Vertreter ausländischer Firmen handeln dürfte⁶⁴⁴;

c) Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität, die bei einem von der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung gesetzlich befreiten Arbeitgeber tätig sind⁶⁴⁵. —

Da in allen diesen Fällen ein beitragspflichtiger Arbeitgeber fehlt, wird nur der Arbeitnehmerbeitrag von 2% erhoben, zu welchem Zweck die Arbeitnehmer direkt einer Ausgleichskasse angeschlossen werden⁶⁴⁶. Das Prinzip der Beitragserhebung an der Quelle ist damit durchbrochen.⁶⁴⁷

⁶⁴¹ 29.6.42 (AS 58, 621):

„Arbeitnehmer, die in der Schweiz wohnen und im Dienste eines der Lohnersatzordnung nicht unterstellten Arbeitgebers stehen, werden den kantonalen Ausgleichskassen angeschlossen.“

⁶⁴² Vgl. hinten § 11 II.

⁶⁴³ KS 18 des BIGA vom 29.7.42, I 1 a; Abh. ZLV 1942, 206; Vgl. auch **AKL 295**, ZLV 1943, 267; **AKL 464**, Erw. 2, ZLV 1944, 290.

⁶⁴⁴ KS 18 des BIGA vom 29.7.42, I 1 b; Abh. ZLV 1942, 206.

Vorbehalten bleiben die Fälle einer ausdrücklichen Befreiung von Gesetzes wegen.

⁶⁴⁵ Vgl. hinten § 11 I 2 am Ende.

⁶⁴⁶ VW 1^{bis} I (zit. N 641).

⁶⁴⁷ Vgl. auch vorn § 2 III B 1.

Aus den vorstehenden Darlegungen unter I und II ergibt sich, dass auf jeden Fall für die Arbeitnehmereigenschaft eines in der Schweiz wohnhaften Arbeitnehmers die Frage, ob sein Arbeitgeber die Arbeitgeberbereignschaft besitzt oder nicht, gar nicht von Bedeutung ist; entscheidend ist allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer in der Schweiz wohnt. Somit können die örtlichen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohnersatzordnung folgendermassen anders zusammengefasst werden:

1. Die *Arbeitgeberbereignschaft* besteht dann, wenn der Betrieb (oder Zweigbetrieb) in der Schweiz liegt oder — falls ein Betrieb nicht vorliegt — der Arbeitgeber in der Schweiz Wohnsitz hat, und wenn der Arbeitnehmer entweder in der Schweiz Wohnsitz hat oder — falls er im Ausland wohnt — in der Schweiz tätig ist.

2. Die *Arbeitnehmereigenschaft* liegt immer dann vor, wenn der Arbeitnehmer in der Schweiz Wohnsitz hat oder — falls er im Ausland wohnt — sein Arbeitgeber die Arbeitgeberbereignschaft hat.

III. Auslandschweizer

Die örtlichen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft schliessen die Möglichkeit aus, dass im Ausland wohnhafte und dort tätige Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität im Falle von Militärdienstleistung Anspruch auf eine Lohnausfallentschädigung erheben können. Aus diesem Grunde wurde für militärdienstleistende Auslandschweizer schon kurz nach Inkrafttreten der Lohnersatzordnung eine Sonderregelung getroffen. Da sie nicht kraft der allgemeinen Bestimmungen als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung gelten können, wurde die Lohnersatzordnung durch besonderen Bundesratsbeschluss ausdrücklich auf sie anwendbar erklärt⁶¹⁸.

In Abweichung von der allgemeinen Regelung besteht die Arbeitnehmereigenschaft nur bei solchen unselbständigerwerbenden Ausland-

⁶¹⁸ BRB über die an vom Ausland eingerückten Wehrmänner zu zahlenden Lohnausfallentschädigungen vom 3.6.40 (AS 56, 517, aufgeh.); ersetzt durch BRB über die Errichtung einer besondern Lohn- und Verdienstausschleisskasse für Auslandschweizer vom 17.4.41 (AS 57, 400).

Vgl. dazu ausführlich die Abh. ZLV 1945, 393 ff.

schweizern, welche militärdienstpflichtig sind und auch bei diesen nur für die Zeit, während der sie Militärdienst leisten⁶⁴⁹; denn nur für diese Zeit sind sie beitragspflichtig und anspruchsberechtigt⁶⁵⁰.

Der Begriff des Auslandschweizers im Sinne dieser Sonderregelung wird im Gesetz genau umschrieben⁶⁵¹. Darnach gelten als unselbständigerwerbende Auslandschweizer:

1. Die eigentlichen Auslandschweizer, d. h. Personen schweizerischer Nationalität, welche weder in der Schweiz Wohnsitz haben noch in der Schweiz arbeiten und hauptberuflich als Arbeitnehmer tätig sind⁶⁵². Die Voraussetzungen sind somit in örtlicher Hinsicht: Wohnsitz und Tätigkeit im Ausland. Gleichgültig ist dabei, ob der Arbeitgeber des Auslandschweizers der Lohnersatzordnung unterstellt ist oder nicht; es können somit auch Arbeitnehmer von in der Schweiz gelegenen Betrieben bzw. dort wohnhaften Arbeitgebern als Auslandschweizer gelten, sofern sie im Ausland wohnen und dort tätig sind⁶⁵³.

Wenn nun in Art. 2 I der Vfg. 56, wie soeben erwähnt, für die Auslandschweizereigenschaft nebst dem Wohnsitz im Ausland verlangt wird, dass der Arbeitnehmer nicht in der Schweiz tätig sein dürfe, so gilt dies nicht ohne Einschränkung. Folgende zwei Fälle sind auseinanderzuhalten:

a) Steht ein Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Ausland zu einem in der Schweiz gelegenen und deshalb der Lohnersatzordnung unterstellten Betrieb in einem Dienstverhältnis, so muss selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass er im Ausland tätig ist, damit die Sonderregelung für Auslandschweizer auf ihn Anwendung finden kann. Denn wäre er in der Schweiz tätig, so würde er ja schon kraft der allgemeinen Bestimmung von VW 1 I Satz 2⁶⁵⁴ als Arbeitnehmer im Sinne der Lohnersatzordnung gelten, selbst wenn er im Ausland

⁶⁴⁹ BRB vom 17.4.41 (zit. N 648) Art. 1 I; Vfg. 56 Art. 1.

⁶⁵⁰ Vfg. 56 Art. 3 I und 3 II a.

⁶⁵¹ Vfg. 56 Art. 2 I; vgl. dazu KS 91 des BIGA vom 30.8.45, Ziff. 1.

⁶⁵² Vfg. 56 Art. 2 Ia.

⁶⁵³ Vgl. vorn nach N 637.

⁶⁵⁴ Vgl. Wortlaut N 637.

wohnt, und müsste demnach nicht der Spezialbestimmung für Auslandschweizer unterworfen werden. Die Vorschrift von Art. 2 I a der Vfg. 56 ist in bezug auf den Arbeitsort logischerweise das genaue Gegenstück zu VW 1 I Satz 2.

b) Anders verhält es sich dagegen in den Fällen, in denen ein im Ausland wohnhafter Arbeitnehmer im Dienste eines im Ausland gelegenen und deshalb der Lohnersatzordnung nicht unterstellten Betriebes tätig ist, wobei also VW 1 I überhaupt nie zur Anwendung kommen kann. In diesen Fällen darf für die Auslandschweizereigenschaft nicht vorausgesetzt werden, dass der Arbeitnehmer nur im Ausland tätig sein dürfte; denn damit wären Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität mit Wohnsitz im Ausland, die (z. B. als Vertreter) für einen im Ausland liegenden Betrieb in der Schweiz tätig sind, vom Bezuge einer Lohnausfallentschädigung ausgeschlossen, was nicht dem Sinn der ganzen Regelung für Auslandschweizer entsprechen kann. Die in Vfg. 56 Art. 2 I a aufgestellte Voraussetzung der Tätigkeit im Ausland kann somit immer dann keine Geltung haben, wenn Auslandschweizer für einen im Ausland gelegenen Betrieb tätig sind; sie ist in diesem Sinne einschränkend zu interpretieren.

2. Die sogenannten Rückwanderer, d. h. Personen schweizerischer Nationalität, die ihren Wohnsitz vom Ausland in die Schweiz verlegt haben und im Ausland hauptberuflich als Arbeitnehmer tätig waren. Sie gelten jedoch nur solange als Auslandschweizer, als sie nicht während mindestens vier Wochen vor dem Einrücken in den Militärdienst in der Schweiz selbständig oder unselbständig erwerbstätig gewesen sind⁶⁵⁵.

3. Die Schiffsleute schweizerischer Nationalität der schweizerischen Hochseeflotte sowie die Schiffsleute der schweizerischen Flußschifffahrt, die letzteren jedoch nur, sofern sie nicht auf Schiffen tätig sind, die in oder oberhalb Basel verkehren, oder stillgelegt sind⁶⁵⁶. Gleichgültig ist dabei der Wohnsitz. Die Qualifizierung solcher Personen als Auslandschweizer im Sinne der Lohnersatzordnung erklärt sich aus der Bestimmung von VW 1 III⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Vfg. 56 Art. 2 I b in Verbindung mit Art. 4.

wonach die Besatzungen der schweizerischen Hochseeflotte und die Schiffsleute der schweizerischen Flußschiffahrt unterhalb Basel ohne Rücksicht auf Nationalität und Wohnsitz allgemein von der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung befreit sind⁶⁵⁶. Um den Schiffsteuten schweizerischer Nationalität im Falle ihrer Militärdienstleistung dennoch einen Anspruch auf Lohnausfallentschädigung zu verschaffen, werden sie einfach als Auslandschweizer behandelt.

⁶⁵⁶ Vfg. 56 Art. 2 I c.

⁶⁵⁷ 24.3.45 (AS 61, 197); vgl. Wortlaut hinten N 697.

⁶⁵⁸ Vgl. darüber ausführlich hinten § 12 I.

2. ABSCHNITT

Die Befreiung von der Beitragspflicht

Einleitung

1. Das der Lohnersatzordnung zu Grunde gelegte Solidaritätsprinzip⁶⁵⁹, das in der Ausgestaltung eines sozusagen unbeschränkten Geltungsbereiches in sachlicher und persönlicher Hinsicht gipfelt, erforderte zur Erreichung dieses Zieles eine möglichst weitgehende Beschränkung der Fälle einer ausdrücklichen Befreiung von der Beitragspflicht. Der Gesetzgeber hatte deshalb davon abgesehen, einen allgemeinen Befreiungsgrund zu statuieren, wie etwa die Befreiung aus Kommiserationsgründen⁶⁶⁰ oder die Befreiung von Anstalten mit gemeinnützigem Zweck⁶⁶¹, was vor allem von diesen Anstalten vielfach nicht verstanden wurde, wie die zahlreichen Beschwerdefälle zeigen.

Die Vorentwürfe zur Lohnersatzordnung lassen erkennen, dass die Bundesbehörden ursprünglich beabsichtigten, Bund und Kantone als Arbeitgeber von der Entrichtung des Arbeitgeberbeitrages zu befreien⁶⁶²; es bestand offenbar die Meinung, dass diese Gemeinwesen bereits als öffentliche Hand an die Finanzierung der Lohnersatzordnung die Hälfte beizutragen hätten⁶⁶³ und die Befreiung von den Arbeitgeberbeiträgen aus diesem Grunde gerechtfertigt erscheine. Allein dieser Versuch scheiterte am Widerstand der Arbeitgeberverbände, welche für ein lückenloses Solidaritätsprinzip eintraten.

⁶⁵⁹ Vgl. vorn in und bei N 99 sowie bei N 379.

⁶⁶⁰ **AKL 50**, ZLV 1941, 85; **AKL 147**, ZLV 1942, 105.

Insbesondere sind auch Invalide keineswegs von der Beitragspflicht befreit; vgl. W. Meier, Der Invalide in der Lohn- und Verdienstersatzordnung, Sonderabdruck aus „Gesundheit und Wohlfahrt“ 1941, Heft 3, S. 135 ff.; **AKL i. Sa. C.** vom 9.6.41.

⁶⁶¹ **KE 14** des BIGA vom 28.5.42, Ziff. 4; **AKL 1**, ZLV 1941, 320; **AKL 83**, Erw. 2, ZLV 1941, 192; **AKL 86**, ZLV 1941, 193; **AKL 150**, Erw. 1, ZLV 1942, 108; **AKL 508**, ZLV 1944, 457; **AKL 589**, ZLV 1945, 412; **AKL 655**, ZLV 1946, 229; **AKL 701**, ZAK 1946, 574.

⁶⁶² Entwürfe des BIGA vom 3. und 10.11.39, Art. 6 II Satz 2.

⁶⁶³ Vgl. vorn § 2 II.

2. Trotz der sozusagen durchgehenden Anwendung des Solidaritätsprinzips gibt es jedoch Fälle, bei denen sich eine Befreiung von der Beitragspflicht aus verschiedenen Gründen nicht vermeiden lässt. Diese Gründe liegen einerseits in der rechtlichen Natur der Beiträge als öffentlichrechtliche Abgaben (darüber nachstehend § 11) und andererseits im System der Beitragserhebung durch den Arbeitgeber (davon hinten § 12). Dieses System bringt es mit sich, dass unter Umständen die Erhebung der Beiträge praktisch unmöglich ist (§ 12 I). Im weiteren würden bei einer ausnahmslosen Erfassung aller unselbständigen Arbeitsverhältnisse durch die Lohnersatzordnung eine Unzahl von Personen als Arbeitgeber einer Ausgleichskasse angeschlossen, deren Einbezug sich in vielen Fällen infolge geringer Beiträge administrativ nicht lohnt (§ 12 II).

Festzuhalten ist, dass es sich bei den gesetzlich von der Beitragspflicht befreiten Arbeitgebern und Arbeitnehmern um Personen handelt, welche die allgemeinen Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in sachlicher, persönlicher und räumlicher Hinsicht in der Regel erfüllen. Sie sind also wohl zu unterscheiden von den Fällen, in denen die Beitragspflicht deshalb nicht besteht, weil die Voraussetzungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft nicht erfüllt sind.

Ausserdem ist auf folgendes hinzuweisen: Wenn hier von der „Befreiung von der Beitragspflicht“ die Rede ist, so ergibt sich dieser Titel zwangsläufig vom Standpunkt dieser Abhandlung aus. Es ist klar, dass nach einem allgemeineren Gesichtspunkt dieser Titel ungenau erscheint, denn er umfasst, präziser ausgedrückt, die Fälle der Befreiung von der Unterstellungspflicht. Diese Befreiung von der Unterstellungspflicht bedeutet aber nicht bloss die Befreiung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer von der Beitragspflicht, sondern auch (für die Arbeitnehmer) den Verlust des Anspruches auf Lohnausfallentschädigung. Diese Zusammenhänge erklären, dass die Gründe verschiedener Probleme und Fragen, die in den nachstehenden Ausführungen aufgeworfen werden, nicht in der Beitragspflicht, sondern bei der Anspruchsberechtigung zu suchen sind.

§ 11. Die Befreiung kraft völkerrechtlicher Uebung

I. Allgemeines

1. Grundsätzlich erstreckt sich nach Völkerrecht die Gebietshoheit eines Staates auf alle Personen, die sich auf seinem Territorium aufhalten, gleichgültig, ob es sich um Staatsangehörige oder Staatsfremde handelt⁶⁶⁴. Dagegen entspricht es völkerrechtlicher Gepflogenheit oder beruht gegebenenfalls auf staatsvertraglichen Vereinbarungen, dass die Gebietshoheit des Aufenthaltsstaates sich nicht auf Institutionen und Personen bezieht, welche die sogenannte Exterritorialität besitzen⁶⁶⁵. Als extraterritoriale Institutionen und Personen gelten ausländische Staaten als solche und ihre offiziellen Repräsentanten, d. h. die Angehörigen ihrer diplomatischen Missionen, sowie internationale Institutionen und ihre Vertreter. Die Exterritorialität äussert sich in gewissen Vorrechten und Befreiungen (diplomatische Prärogative), unter anderem auch in fiskalischer Hinsicht. Diese fiskalische Befreiung erstreckt sich auf alle staatlichen und kommunalen direkten und persönlichen Abgaben (Vermögens- und Einkommenssteuern) des Aufenthaltsstaates⁶⁶⁶.

2. Obschon es sich bei den Beiträgen nach der Lohnersatzordnung rechtlich nicht um eine Einkommenssteuer, sondern um einen Sozialbeitrag handelt⁶⁶⁷, werden sie infolge der allgemeinen Pflicht zur Beitragsleistung doch als eine Abgabe auf dem Einkommen, als eine „Lohnsteuer“ empfunden. Dabei handelt es sich zweifellos um eine direkte und persönliche Abgabe, wie dies für eine völkerrechtliche Befreiung erforderlich ist. Aus diesem Grunde war in alt VW 45⁶⁶⁸ der Erlass von besonderen Weisungen „über die Frage der Befreiung von

⁶⁶⁴ Franz v. Liszt/Max Fleischmann, Das Völkerrecht (12. Aufl. Berlin 1925), 134.

⁶⁶⁵ v. Liszt/Fleischmann (zit. N 664) 135.

⁶⁶⁶ v. Liszt/Fleischmann (zit. N 664) 201. Vgl. z.B. BRB über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9.12.40 (AS 56, 1947) Art. 17.

⁶⁶⁷ Nawiasky, „Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung“ 1940, 449.

⁶⁶⁸ 27.1.40 (AS 56, 154).

der Unterstellungspflicht von Personen, die in amtlicher Stellung ausländische Regierungen in der Schweiz vertreten, und von Arbeitnehmern, die bei diesen Personen angestellt sind", vorgesehen.

Am 16. Februar 1940 erliess das eidg. Volkswirtschaftsdepartement die „Weisung über die Nichtanwendung der Lohnersatzordnung auf Mitglieder des diplomatischen Corps, sowie auf weitere im Dienste einer ausländischen Regierung bzw. internationaler Institutionen stehende Personen und Betriebe“⁶⁵⁹. Im wesentlichen war in dieser Weisung die Befreiung der ausländischen Staaten, Staatsverwaltungen und Verkehrsunternehmungen, der internationalen Institutionen und der im Genusse diplomatischer Prärogative stehenden Personen in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber statuiert. Gleichzeitig waren mit diesen Institutionen und Personen nach allgemeinem Grundsatz auch ihre Arbeitnehmer zwangsläufig von der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung befreit⁶⁷⁰; denn die Bestimmung von VW 1^{bis} I⁶⁷¹ trat erst später in Kraft.

Diese Regelung wirkte sich für Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität insofern nachteilig aus, als sie im Falle von Militärdienstleistung des Anspruches auf Lohnausfallentschädigung verlustig gingen⁶⁷². Als später durch VW 1^{bis} I den Arbeitnehmern, die in der Schweiz wohnen und im Dienste eines der Lohnersatzordnung nicht unterstellten Arbeitgebers tätig sind, die Arbeitnehmereigenschaft zuerkannt wurde, konnte diese Bestimmung ursprünglich auf Arbeitnehmer, die im Dienste eines kraft Völkerrecht von der Unterstellung befreiten Arbeitgebers standen, keine Anwendung finden, da die Weisung vom 16. Februar 1940 dieser Bestimmung entgegenstand⁶⁷³.

Aus diesem Grunde wurde diese Weisung ersetzt durch Verfügung Nr. 42 des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements zur Lohnersatzordnung vom 7. März 1944 (AS 60, 182) über die Nichtanwendung auf Dienstverhältnisse mit ausländischen Staaten, internationalen Institutionen und extrritoriale Personen. Die wesentlichste Aenderung besteht darin, dass sich die Befreiung kraft Völkerrecht nur noch auf

⁶⁵⁹ Nicht publiziert.

⁶⁷⁰ Vgl. vorn § 2 III B 3.

⁶⁷¹ Vgl. vorn in und bei N 641.

⁶⁷² Vgl. z. B. den Fall von **AKL** i. Sa. L. vom 13.11. 43.

⁶⁷³ KS 46 des BIGA vom 20.3.44, Ziff. I Abs. 3.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausländischer Nationalität erstreckt. Deshalb findet nunmehr die Bestimmung von VW 1^{bis} I auch Anwendung auf Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität, die im Dienste eines von der Beitragspflicht befreiten Arbeitgebers stehen⁶⁷⁴.

II. Die Regelung im einzelnen⁶⁷⁵

Für die Erörterung der einzelnen Befreiungsfälle ist davon auszugehen, dass die Befreiung des Arbeitgebers im Vordergrund steht und die Befreiung des Arbeitnehmers sich daraus zwangsläufig ergibt. Ist deshalb umgekehrt der Arbeitgeber nicht befreit, so kann auch eine Befreiung des Arbeitnehmers nicht erfolgen. In allen Fällen kann eine Befreiung kraft Völkerrecht überhaupt nur eintreten, wenn es sich bei Arbeitgeber und Arbeitnehmer um Ausländer handelt. Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität, deren Arbeitgeber befreit ist, können auf keinen Fall der Befreiung teilhaftig werden, da sie die Arbeitnehmereigenschaft nach der Bestimmung von VW 1^{bis} I haben. Im weitem ist noch festzuhalten, dass selbstverständlich ein von der Beitragspflicht befreiter Arbeitgeber auch von den Beiträgen auf den an Personal schweizerischer Nationalität ausbezahlten Löhnen entbunden ist; die Befreiung eines Arbeitgebers gilt somit für ihn schlechthin.

Da, wie bereits eingangs erwähnt, von der Befreiung des Arbeitgebers auszugehen ist, sind folgende zwei Fälle auseinanderzuhalten: 1.) Dienstverhältnisse, bei denen ausländische Staaten, Staatsverwaltungen, Verkehrsunternehmungen ausländischer Staaten oder internationale Institutionen als Arbeitgeber auftreten (nachstehend lit. A), und 2.) Dienstverhältnisse, bei denen Personen ausländischer Nationalität, die im Genusse diplomatischer Vorrechte und Befreiungen oder steuerrechtlicher Vergünstigungen stehen, als Arbeitgeber erscheinen (nachstehend lit. B).

⁶⁷⁴ Vgl. vorn § 10 II c.

⁶⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich KS 46 vom 20.3.44, Ziff. II, ferner zusammenfassend die Abl. ZLV 1944, 125 ff.

A. Dienstverhältnisse mit ausländischen oder internationalen Institutionen

Wie schon vorn unter I 1 erwähnt wurde, erstreckt sich die Gebiets-hoheit eines Staates nach Völkerrecht nicht auf ausländische Staaten und internationale Institutionen. Aus diesem Grunde sind alle Dienst-verhältnisse, an denen ausländische Staaten (bzw. Staatsverwaltungen oder Verkehrsunternehmungen) oder internationale Institutionen als Ar-beitgeber beteiligt sind, von der Unterstellung unter die Lohnersatz-ordnung ausgenommen. Mit ihnen sind auch alle in ihren Diensten ste-henden Arbeitnehmer ausländischer Nationalität befreit. Gleichgültig ist dabei, ob diese Arbeitnehmer im Genusse diplomatischer Praerogative stehen oder nicht, da sie als Arbeitnehmer der erwähnten Institutionen nicht auf Grund dieser Vorrechte ausgenommen sind, sondern deshalb, weil ihr Arbeitgeber, d. h. die ausländische oder internationale Institu-tion, befreit ist.

Im einzelnen werden von der Befreiung erfasst:

1. **Dienstverhältnisse mit ausländischen Staaten.** Als *Arbeitgeber* sind von der Entrichtung der Arbeitgeberbeiträge alle ausländischen Staaten befreit⁶⁷⁶. Eine ausdrückliche Befreiung erscheint hier eigentlich als überflüssig, da ausländische Staaten als solche schon mangels Erfüllung der örtlichen Voraussetzungen der Arbeitgeber-eigenschaft nicht der Lohnersatzordnung unterstellt werden könnten, denn der „Betrieb“ liegt nicht in der Schweiz⁶⁷⁷. Die Befreiung wurde of-fenbar deshalb ausdrücklich statuiert, weil sonst die im Dienste aus-ländischer Staaten stehenden Personen ausländischer Nationalität kraft VW 1 bis I die Arbeitnehmereigenschaft erhalten hätten.

Als *Arbeitnehmer* werden von der Beitragspflicht alle im Dienste ausländischer Staaten stehenden Personen ausländischer Nationalität befreit, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie im Genusse diplo-matischer Vorrechte stehen. Es betrifft dies im einzelnen: die Mit-glieder des offiziellen Personals der bei der schweizerischen Eid-

⁶⁷⁶ Vfg. 42 Art. 3 lit. a; vgl. dazu **AKL 714**, Erw. 2, ZAK 1947, 61.

⁶⁷⁷ Vgl. den Fall **AKL 61**, ZLV 1941, 119.

genossenschaft akkreditierten diplomatischen Vertretungen⁶⁷⁵; die Mitglieder der ständigen ausländischen Delegationen in Genf⁶⁷⁹; die Konsuln, denen der Bundesrat das Exequatur erteilt hat, und die Berufs-konsularbeamten⁶⁸⁰.

2. Dienstverhältnisse mit ausländischen Staatsverwaltungen oder Verkehrsunternehmungen ausländischer Staaten. Solche Institutionen (wie Zoll, Post, Eisenbahnen usw.) sind als *Arbeitgeber* von der Beitragspflicht befreit⁶⁸¹ und mit ihnen die von ihnen beschäftigten *Arbeitnehmer* ausländischer Nationalität⁶⁸². Ausländische Staatsverwaltungen könnten übrigens schon mangels Erfüllung der örtlichen Voraussetzungen der Arbeitgebergemeinschaft überhaupt nicht der Lohnersatzordnung unterstellt werden. Der Grund der ausdrücklichen Befreiung kann deshalb auch hier wohl nur darin liegen, die Anwendung von VW 1^{bis} I für Arbeitnehmer ausländischer Nationalität auszuschliessen.

3. Dienstverhältnisse mit internationalen Institutionen. Als *Arbeitgeber* sind von der Entrichtung des Arbeitgeberbeitrages alle internationalen Institutionen mit Sitz in der Schweiz entbunden, wie das internationale Arbeitsamt, die Bureaux der internationalen Unionen, die Bank für internationalen Zahlungs-

⁶⁷⁸ Vfg. 42 Art. 1 lit. a und Art. 2 lit. a.

Dazu gehören nicht nur die eigentlichen Missionschefs (Botschafter, Gesandte, Ministerresidenten, Geschäftsträger), sondern auch Botschafts- oder Legationsräte, Botschafts- oder Legationssekretäre, Botschafts- oder Legationsattachés, Militärattachés und ihre auf der Liste des diplomatischen Corps aufgeführten Gehilfen; Attachés und Beiräte für Handels-, volkswirtschaftliche, Presse- und Finanzfragen etc. und ihre auf der Liste des diplomatischen Corps aufgeführten Gehilfen; die Kanzleichefs der diplomatischen Vertretungen sowie das sog. Personal 2. Kategorie der diplomatischen Vertretungen wie Archivare, Kanzleisekretäre, Kanzlisten, Stenodaktylographinnen usw. (KS 46 des BIGA vom 20.3.44, II 1 b).

⁶⁷⁹ Vfg. 42 Art. 1 lit. b und Art. 2 lit. a.

⁶⁸⁰ Vfg. 42 Art. 1 lit. c und Art. 2 lit. a.

Dagegen erstreckt sich die Befreiung nicht auf die Honorarkonsuln, welche ursprünglich nach der aufgehobenen Weisung vom 16.2.40 eben falls befreit waren (Ziff. 1 lit. a der Weisung).

⁶⁸¹ Vfg. 42 Art. 3 lit. b.

⁶⁸² Vfg. 42 Art. 2 lit. b; vgl. dazu **AKL 714**, Erw. 2, ZAK 1947, 61.

ausgleich usw.⁶⁸³. Gleichzeitig erstreckt sich die Befreiung auf die bei diesen Institutionen im Dienste stehenden *Arbeitnehmer* ausländischer Nationalität⁶⁸⁴.

B. Dienstverhältnisse zu Arbeitgeber mit diplomatischen Vorrechten

1. Wie unter A vorstehend festgestellt worden ist, spielt die Frage, ob Personen, die im Dienste ausländischer Staaten etc. oder internationaler Institutionen tätig sind, die diplomatische Prärogative besitzen, für ihre Befreiung als *Arbeitnehmer* keine Rolle, da sich die Befreiung nicht auf diesen Umstand gründet. Dagegen ist es möglich, dass solche Personen ihrerseits *Arbeitnehmer* beschäftigen, sei es in amtlicher oder privater Eigenschaft⁶⁸⁵, und damit selbst als *Arbeitgeber* auftreten. In diesem Falle sind sie für diese Dienstverhältnisse von der Entrichtung des Arbeitgeberbeitrages ebenfalls befreit, dies jedoch nur dann, wenn sie im Genusse diplomatischer Vorrechte und Befreiungen oder steuerlicher Vergünstigungen stehen⁶⁸⁶. Die Befreiung erfolgt somit in diesen Fällen auf Grund der diplomatischen Prärogative, „da durch die Zuerkennung dieser Privilegien zum Ausdruck gebracht wird, dass die betreffenden Personen in fiskalischer Hinsicht den Gesetzen des Wohnsitzstaates nicht unterworfen sein sollen“⁶⁸⁷.

Im einzelnen betrifft dies alle vorn unter A 1 und 3 aufgeführten, dort als *Arbeitnehmer* befreiten Personen, d. h. die Mitglieder des offiziellen Personals der bei der schweizerischen Eidgenossenschaft akkreditierten diplomatischen Vertretungen, die Mitglieder der ständigen ausländischen Delegationen in Genf, die Konsuln, denen der Bundesrat das Exequatur erteilt hat, und die Berufskonsularbeamten,

⁶⁸³ Vfg. 42 Art. 3 lit. c; KS 46 des BIGA vom 20.3.44, II 1 b.

⁶⁸⁴ Vfg. 42 Art. 1 lit. d, 2 lit. a.

⁶⁸⁵ Es dürfte sich dabei zur Hauptsache um private Angestellte, wie Hausdienstpersonal, Chauffeure, Gärtner usw. handeln, da das Personal für amtliche Verrichtungen in der Regel direkt im Dienste der ausländischen Staaten bzw. der internationalen Institutionen stehen wird.

⁶⁸⁶ Vfg. 42 Art. 1.

⁶⁸⁷ KS 46 des BIGA vom 20.3.44, II 2 a.

sowie die beim internationalen Arbeitsamt, bei den Bureaux der internationalen Unionen oder bei andern internationalen Institutionen in einem Dienstverhältnis stehenden Personen, jedoch alle nur soweit sie im Genusse diplomatischer Prärogative stehen⁶⁸⁸.

2. Gleichzeitig mit diesen als Arbeitgeber auftretenden Personen sind aber auch die zu ihnen im Dienste stehenden *Arbeitnehmer* ausländischer Nationalität von der Beitragspflicht befreit⁶⁸⁹, also das private Personal von Arbeitgebern mit diplomatischen Vorrechten⁶⁹⁰.

Zu dieser ganzen Regelung der Befreiung von der Beitragspflicht kraft völkerrechtlicher Uebung ist noch folgendes zu bemerken:

Im Sinne der einleitenden Ausführungen unter I 1 erscheint die Befreiung der ausländischen Staaten (bzw. Staatsverwaltungen, Verkehrsunternehmungen) und internationalen Institutionen als Arbeitgeber sowie der Personen mit diplomatischen Vorrechten als Arbeitnehmer und Arbeitgeber sachlich als durchaus gerechtfertigt und völkerrechtlich notwendig.

Weniger verständlich dagegen ist die Tatsache, dass sich die Befreiung auch auf Arbeitnehmer erstreckt, welche, ohne die diplomatischen Vorrechte zu besitzen, zu einem ausländischen Staat (bzw. Staatsverwaltung, Verkehrsunternehmung) oder zu einer internationalen Institution in einem Dienstverhältnis stehen, oder welche im Dienste einer Person mit diplomatischer Prärogative tätig sind. Diese Personen sind durch ihre Befreiung von der Beitragspflicht gegenüber allen denjenigen Personen ausländischer Nationalität bevorzugt, welche im Dienste eines im Ausland gelegenen und deshalb der Lohnersatzordnung nicht unterstellten privatwirtschaftlichen Betriebes stehen, jedoch in der Schweiz Wohnsitz haben und deshalb gemäss VW 1^{bis} I⁶⁹¹ als Arbeitnehmer beitragspflichtig sind. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb z. B. ein in der Schweiz wohnhafter deutscher Angestellter der Deutschen Reichsbahn oder ein ausländisches Dienstmädchen eines

⁶⁸⁸ Vfg. 42 Art. 1.

⁶⁸⁹ Vfg. 42 Art. 2 lit. c.

⁶⁹⁰ Vgl. dazu KS 46 des BIGA vom 20.3.44, II 2 b.

⁶⁹¹ Vgl. vorn in und bei N 641.

Gesandten in der Schweiz in bezug auf die Beitragspflicht nach der Lohnersatzordnung besser gestellt sein soll als ein ebenfalls in der Schweiz wohnender Ausländer, der für einen im Ausland gelegenen Privatbetrieb tätig ist. In beiden Fällen ist der Arbeitgeber der Lohnersatzordnung nicht unterstellt — im einen Falle kraft ausdrücklicher Befreiung, im andern Falle wegen Nichterfüllung der räumlichen Voraussetzungen — und der Arbeitnehmer in der Schweiz wohnhaft; es handelt sich somit um gleichliegende Verhältnisse, welche rechtlich verschieden behandelt werden.

Im Interesse der Rechtsgleichheit erschiene deshalb eine Aenderung der geltenden Ordnung als wünschenswert. Entweder sollten die ausländischen Arbeitnehmer von im Ausland gelegenen Privatbetrieben ebenfalls befreit werden, was ganz einfach durch eine Revision von VW 1 bis I in dem Sinne geschehen könnte, dass die Anwendung dieser Bestimmung auf Arbeitnehmer schweizerischer Nationalität beschränkt würde; oder aber es sollten durch Revision von Vfg. 42 die Bestimmungen über die Befreiung der erwähnten bevorzugten Arbeitnehmerkategorien aufgehoben werden, sodass auch diese gemäss VW 1 bis I beitragspflichtig würden. De lege ferenda wäre der ersteren Lösung der Vorzug zu geben, da die Bestimmung von VW 1 bis I in erster Linie im Hinblick darauf eingeführt wurde, auch denjenigen Schweizerbürgern einen Anspruch auf Lohnausfallentschädigung zu verschaffen, welche im Dienste eines der Lohnersatzordnung nicht unterstellten Arbeitgebers tätig sind⁶⁹², und nicht im Hinblick darauf, Arbeitnehmer ausländischer Nationalität, die in der Schweiz wohnen und deren Arbeitgeber der Lohnersatzordnung nicht unterstellt sind, mit der Beitragspflicht zu erfassen.

⁶⁹² Vgl. die Ausführungen vorn bei N 639.

§ 12. Andere Befreiungsgründe

I. Unmöglichkeit der Beitragserhebung

Nach Völkerrecht gilt ein Schiff auf hoher See oder auf internationalen Strömen, wie z. B. dem Rhein, als schwimmender Gebiets-
teil seines Flaggenstaates⁶⁹³. Deshalb sind die Besatzungsmit-
glieder von Schiffen, die unter Schweizer Flagge auf
hoher See oder auf dem Rhein unterhalb Basel verkehren, völkerrecht-
lich auf schweizerischem Territorium tätig. Aber auch die Be-
triebe ihrer Arbeitgeber, nämlich der schweizerischen Schifffahrts-
unternehmungen, liegen in der Schweiz⁶⁹⁴. Damit sind sowohl auf
Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite die örtlichen Voraussetzungen
der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Lohn-
ersatzordnung erfüllt⁶⁹⁵, sodass grundsätzlich die Beitragspflicht be-
steht.

Die Erfassung der Beiträge hat sich jedoch in diesen speziellen
Fällen praktisch als undurchführbar erwiesen. In einem Kreisschreiben
des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit⁶⁹⁶ wird darüber
unter anderem ausgeführt:

....Die Löhne werden der Mannschaft vom Kapitän an Bord des
Schiffes oder in fremden Häfen ausbezahlt. Der Kapitän bezieht die
Gelder je nach Bedarf in den angelaufenen Häfen von den Agenturen
der schweizerischen Schifffahrtsunternehmungen. Diese Agenturen sind
jedoch rechtlich selbständige, ausländische Firmen, die mit der Er-
hebung des Arbeitnehmerbeitrages nicht beauftragt werden können.

⁶⁹³ v. Liszt/Fleischmann (zit. N 664) 147/48.

⁶⁹⁴ Gemäss BRB über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge vom 9. April
1941 (AS 57, 353) Art. 6 I kann überhaupt das Recht zur Führung der
Schweizerflagge nur Schweizerbürgern, die in der Schweiz wohnen, oder
schweizerischen Handelsgesellschaften oder Genossenschaften sowie inlän-
dischen Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts verliehen
werden.

⁶⁹⁵ VW 1 I (24.3.45; AS 61, 197); vgl. Wortlaut vorn N 630 und 637.

⁶⁹⁶ KS 78 des BIGA vom 24.3.45, I 3.

Dazu bestünde die Gefahr, dass die Mannschaften, die zum Teil aus Ausländern bestehen, sich für schweizerische Schiffe nicht anwerben liessen, wenn ihnen der Lohn um 2 Prozent gekürzt würde; auch Schwierigkeiten im Verkehr mit dem Ausland wären zu befürchten, da diese Schiffsleute vielfach bereits Sozialbeiträge im Ausland entrichten. ... Bei der Rheinschiffahrt liegen die Verhältnisse ähnlich, jedoch noch bedeutend komplizierter, u. a. wegen der politischen Verhältnisse. ..."

Aus diesen Gründen wurde für diese speziellen Fälle die gesetzliche Befreiung von der Beitragspflicht statuiert. Demzufolge sind nach der geltenden Regelung die Schiffsbesatzungen der schweizerischen Hochseeflotte von der Unterstellung unter die Lohnersatzordnung befreit, ebenso die Schiffsleute der schweizerischen Flußschiffahrt auf dem Rhein unterhalb Basel⁶⁹⁷. Die Befreiung erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Arbeitgeber dieser Personen.

Um Schiffsleuten schweizerischer Nationalität, die durch diese Befreiung des Anspruchs auf Lohnausfallentschädigung im Falle ihres Militärdienstes verlustig gehen würden, trotzdem diesen Anspruch zu verschaffen, werden sie als Auslandschweizer behandelt (vgl. vorn § 10 III 3).

II. Bedeutungslosigkeit der Beitragsleistung

A. Wie schon vorn bei N 144 ausgeführt wurde, ist für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft in sachlicher Hinsicht grundsätzlich die Dauer des Dienstverhältnisses gleichgültig. Dieser Grundsatz wird jedoch (scheinbar) eingeschränkt durch die Bestimmung von VW 2 II:

„Personen, die nur vorübergehend bestimmte und bemessene Aufträge auszuführen haben, wie Wasch- und Putzfrauen, gelten nicht als unselbständig Erwerbende.“

⁶⁹⁷ VW 1 III (24.3.45; AS 61, 197):

„Nicht unter die Lohnersatzordnung fallen die Besatzungen der schweizerischen Hochseeflotte sowie die Schiffsleute der schweizerischen Flußschiffahrt, sofern diese nicht auf Schiffen tätig sind, die in oder oberhalb Basel verkehren oder stillgelegt sind.“

Aus dem Wortlaut könnte man schliessen, es handle sich bei dieser Vorschrift um eine Einschränkung des Arbeitnehmerbegriffs in sachlicher Hinsicht, d. h. um eine Interpretation des Begriffs des Dienstverhältnisses⁶⁹⁸. Dies trifft jedoch nicht zu; vielmehr werden durch die Bestimmung von VW 2 II gewisse Dienstverhältnisse vorübergehenden Charakters, die sich im Rahmen bestimmter und bemessener Aufträge halten, von der Unterstellungspflicht ausgenommen, d. h. die an solchen Dienstverhältnissen beteiligten Parteien sind der Lohnersatzordnung trotz Vorliegens eines Dienstverhältnisses nicht unterstellt und damit weder beitragspflichtig noch anspruchsberechtigt. Vom Standpunkt der Beitragspflicht aus gesehen handelt es sich dabei ganz einfach um eine Befreiung von der Beitragspflicht von Personen, bei denen die sachlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft erfüllt sind. Für die Anwendung dieser Bestimmung wird somit vorausgesetzt, dass an sich ein Dienstverhältnis im Sinne von LEO 1 I vorliegt. Denn wenn das Bestehen eines Dienstverhältnisses verneint werden muss, weil ein Begriffselement desselben, z. B. die Abhängigkeit, fehlt, so fällt die Beitragspflicht allein schon aus diesem Grunde dahin. Dann stellt sich aber das Problem gar nicht, ob es sich bloss um eine Tätigkeit im Rahmen bestimmter und bemessener Aufträge im Sinne von VW 2 II handelt.

Aus diesem Grunde darf die Frage, ob eine Person wegen des einmaligen oder vorübergehenden Charakters ihrer Tätigkeit gemäss VW 2 II von der Beitragspflicht befreit werden solle, nicht vermischt werden mit der Frage, ob überhaupt die sachliche Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft (Dienstverhältnis) erfüllt ist, ob also beispielsweise eine Abhängigkeit infolge des vorübergehenden Charakters der Tätigkeit gegeben sei oder nicht. Vielmehr ist in jedem Fall zuerst festzustellen, ob die Voraussetzungen für das Bestehen eines Dienstverhältnisses erfüllt sind, und wenn ja, in zweiter Linie, ob die Parteien dieses Dienstverhältnisses aus VW 2 II von der Beitragspflicht befreit werden müssen⁶⁹⁹. Wenn deshalb in VW 2 II speziell von

⁶⁹⁸ So die Auffassung des BIGA; vgl. Abh. ZLV 1942, 4, und Ausk. 80, ZLV 1942, 346.

⁶⁹⁹ Daher entspricht das gelegentlich anzutreffende Procedere der AKL, in Unterstellungsfragen sogleich mit VW 2 II zu argumentieren, bevor die Frage abgeklärt ist, ob überhaupt die Begriffselemente des Dienstverhältnisses vorliegen, nicht ganz der nach den gesetzlichen Bestimmungen gegebenen Sachlage; vgl. z. B. **AKL 243**, ZLV 1943, 30.

Wasch- und Putzfrauen die Rede ist, so will die Bestimmung keineswegs besagen, dass diese Personen unter allen Umständen von der Beitragspflicht befreit seien, sondern nur, sofern sie eine vorübergehende Tätigkeit nach bestimmten und bemessenen Aufträgen ausüben; grundsätzlich stehen auch sie in einem Dienstverhältnis⁷⁰⁰.

Die ausdrückliche Erwähnung der Wasch- und Putzfrauen in VW 2 II ist lediglich eine beispielsweise und deutet nur darauf hin, dass der Gesetzgeber speziell diese Fälle im Auge hatte. Selbstverständlich gilt diese Norm jedoch allgemein. Besonders hervorzuheben ist, dass auch die Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw. darunter fällt⁷⁰¹.

B. Nach zutreffender Auffassung der AKL hat die Bestimmung von VW 2 II zum Zweck, Dienstverhältnisse von geringer Bedeutung und vorübergehender Natur, wie einmalige oder doch in grossen Abständen periodisch wiederkehrende Aufträge von der Beitragspflicht auszunehmen⁷⁰². Ein wesentliches Motiv zur Aufstellung einer solchen Ausnahmebestimmung liegt wohl darin, dass derartige sporadische Arbeitsverhältnisse ohnehin nicht oder nur schwer kontrollierbar sind⁷⁰³, sodass auf deren Erfassung zum vorneherein verzichtet werden soll. Ausserdem wird als entscheidendes Motiv von der AKL angeführt, dass die Erfassung aller bloss vorübergehender Arbeitsverhältnisse durch die Beitragspflicht eine grosse Zahl von Unterstellungen zur Folge hätte, die wegen der Geringfügigkeit der Beiträge den Anschluss der betreffenden Arbeitgeber an eine Ausgleichskasse nicht rechtfertigen würden, bei denen also die erhobenen Beiträge in keinem Verhältnis zu den Kosten des mit der Erhebung verbundenen Aufwandes stünden⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ Abh. ZLV 1941, 83; Ausk. 40, ZLV 1941, 157; Abh. ZLV 1942, 4; **AKL 202**, ZLV 1942, 319.

⁷⁰¹ Vfg. 44 Art. 4:

„Personen der in Art. 1 genannten Berufsarten, die nur gelegentlich tätig sind, unterstehen weder der Lohn- noch der Verdienstersatzordnung.“

Diese Bestimmung ist deshalb ein Anwendungsfall von VW 2 II (**AKL 214**, ZLV 1942, 361).

⁷⁰² **AKL 202**, ZLV 1942, 319; **AKL 360**, Erw. 1, letzter Abs., ZLV 1943, 145.

⁷⁰³ Abh. ZLV 1942, 4.

⁷⁰⁴ **AKL 465**, ZLV 1944, 290; **AKL 655**, ZLV 1946, 229; **AKL 694**, ZLV 1946, 512.

C. Ausgehend von dieser ratio legis hat die AKL folgende Grundsätze über die Auslegung von VW 2 II ausgearbeitet:

1. Unter die Vorschrift von VW 2 II fällt sowohl die einmalige wie die bloss gelegentliche Tätigkeit im Dienste eines Dritten⁷⁰⁵. Sobald jedoch die Tätigkeit eine gewisse Regelmässigkeit oder Kontinuität aufweist und es sich also um Dienstverhältnisse von gewisser Bedeutung handelt, kann VW 2 II keine Anwendung finden.

Die Abgrenzung zwischen der bloss gelegentlichen und der regelmässigen Tätigkeit kann nicht in allgemein gültiger Weise vorgenommen werden, sie muss sich vielmehr im Einzelfall aus den Umständen ergeben. So hat es die AKL z. B. abgelehnt, VW 2 II in Fällen anzuwenden, in denen es sich um eine fortgesetzte Lehrtätigkeit eines Kursleiters oder Lehrers im Rahmen ordentlicher Lehrkurse handelt, auch wenn sich die Tätigkeit nur auf einzelne Abende erstreckt⁷⁰⁶. Dagegen ist nach der Praxis das Engagement zu einzelnen, voneinander unabhängigen Vorträgen als bloss gelegentliche Tätigkeit im Sinne von VW 2 II zu betrachten⁷⁰⁷.

Für zwei Berufsgruppen hat allerdings die AKL die Abgrenzung zwischen der gelegentlichen und der regelmässigen Tätigkeit allgemein vorgenommen:

a) Bei den in VW 2 II als Beispiel speziell erwähnten W a s c h- und Putzfrauen ging die AKL davon aus, dass der Gesetzgeber bei der Befreiung dieser Personen von der Beitragspflicht wohl die übliche Form der Anstellung, nämlich die wöchentlich einmalige Hilfeleistung in den Haushaltungen, im Auge gehabt habe. Sie hat deshalb für diese Fälle grundsätzlich entschieden, dass VW 2 II dann Anwendung finden soll, wenn die Frau beim gleichen Arbeitgeber wö-

⁷⁰⁵ Als typisch einmalige Tätigkeit kann beispielsweise die Tätigkeit eines Prüfungsexperten gelten, welcher, ohne gewählt zu sein, einmal für die Abnahme einer Prüfung bestellt worden ist; vgl. **AKL 243**, ZLV 1943, 30.

Als typische gelegentliche Tätigkeit ist z. B. diejenige der Rechnungsrevisoren von Aktiengesellschaften und Genossenschaften zu bewerten, die nach OR 727 bzw. 906 ff. jährlich wiederkehrende Funktionen zu erfüllen haben; vgl. **Ausk. 42**, ZLV 1941, 157.

⁷⁰⁶ **AKL 332**, ZLV 1943, 365; **AKL 349**, ZLV 1943, 405 **AKL 397**, ZLV 1944, 60.

⁷⁰⁷ **AKL 397**, ZLV 1944, 61.

chentlich nicht mehr als einen Tag oder nicht mehr als acht Arbeitsstunden tätig ist⁷⁰⁸. Dagegen gilt eine tägliche Beschäftigung, wenn auch nur für kurze Zeit, als regelmässige Tätigkeit, welche die Anwendung von VW 2 II ausschliesst⁷⁰⁹.

b) Demgegenüber wird bei der Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw. die Abgrenzung zwischen regelmässiger und gelegentlicher Tätigkeit im Sinne von Vfg. 44 Art. 4⁷¹⁰ nicht nach der Zeit bestimmt, sondern nach andern Kriterien. Nach Auffassung der AKL erscheint es als angemessen, die Tätigkeit dieser sogenannten stillen Vermittler dann nicht mehr als bloss gelegentlich zu betrachten, wenn solche Personen beim gleichen Arbeitgeber im Jahr entweder mindestens 360 Franken an Provisionen verdienen oder wenigstens 6 Abschlüsse tätigen⁷¹¹. Bei Annoncen-acquisiteuren, die zur gleichen Berufsgruppe gezählt werden, ist die Anwendung von VW 2 II bzw. Vfg. 44 Art. 4 nach der Praxis der AKL dann ausgeschlossen, wenn sie jährlich mehr als 150 Franken an Provisionen einnehmen oder mehr als 24 Aufträge einbringen⁷¹².

2. Wie bereits vorn unter B erwähnt, liegt nach Auffassung der AKL das gesetzgeberische Hauptmotiv der Vorschrift von VW 2 II darin, dass sich bei bloss vorübergehenden Arbeitsverhältnissen der Geringfügigkeit der Beitragsleistungen wegen der Anschluss der betreffenden Arbeitgeber an eine Ausgleichskasse nicht rechtfertige. Aus dieser ratio legis hat die AKL den Schluss gezogen, dass der Grund für die Anwendung der Ausnahmebestimmung von VW 2 II dahinfalle, wenn der betreffende Arbeitgeber bereits einer Ausgleichskasse angeschlossen sei, weil er noch andere Arbeitskräfte beschäftige, dass somit die Beitragspflicht bestehe, auch wenn es sich nur um eine einmalige bzw. gelegentliche Tätigkeit im

⁷⁰⁸ **AKL 203**, ZLV 1942, 320; **AKL i. Sa. K.** vom 13.9.42; **AKL i. Sa. L.** vom 24.11.43; **AKL i. Sa. Sp.** vom 23.12.43.

⁷⁰⁹ **AKL 202**, ZLV 1942, 319; **AKL 203**, ZLV 1942, 320; **AKL i. Sa. H.** vom 10.8.42.

⁷¹⁰ Vgl. vorn N 701.

⁷¹¹ **AKL 214**, ZLV 1942; **AKL i. Sa. L. C.** vom 26.6.43, Erw. 2b; **AKL 704**, ZAK 1947, 12.

⁷¹² **AKL i. Sa. S. A. A.-G.** vom 23.8.43, Erw. 1.

Rahmen bestimmter und bemessener Aufträge handle⁷¹³. Gleichzeitig hat die AKL aber entschieden, dass die Anwendung von VW 2 II in diesen Fällen nur dann entfallen soll, wenn der Arbeitnehmer dieses Dienstverhältnisses vorübergehenden Charakters nicht bloss ausnahmsweise eingegangen ist, sondern wenn er üblicherweise, d. h. regelmässig oder berufsmässig Dienstverhältnisse (vorübergehenden Charakters) abschliesst und somit, wenn auch nur im Nebenberuf, zur Kategorie der Unselbständigerwerbenden gehört⁷¹⁴. Diese Einschränkung hat die AKL offensichtlich mit Rücksicht auf einen allfälligen Anspruch auf Lohnausfallentschädigung vorgenommen. Denn da die Bestimmung von VW 2 II selbstverständlich auch hinsichtlich der Anspruchsberechtigung gilt, so besteht die Möglichkeit, dass Militärdienstpflichtige, die gewerbsmässig bei häufigem Wechsel des Arbeitgebers bloss einmalig oder gelegentlich tätig sind, Gefahr laufen, keine Lohnausfallentschädigungen beziehen zu können, weil sie bei jedem einzelnen Engagement gemäss VW 2 II von der Unterstellungspflicht befreit wären, sofern die jeweiligen Arbeitgeber nicht an sich schon einer Ausgleichskasse angeschlossen sind.

Demnach ist die Frage, ob trotz Vorliegens einer einmaligen bzw. gelegentlichen Tätigkeit die Bestimmung von VW 2 II nicht zur Anwendung kommt und damit die Beitragspflicht besteht, sowohl vom Standpunkt des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers aus zu prüfen; und zwar ist die Beitragspflicht nur dann zu bejahen, wenn sowohl der Arbeitgeber regelmässig Arbeitskräfte anstellt und nicht bloss ausnahmsweise Dienstverhältnisse eingeht, als auch der Arbeitnehmer regelmässig und nicht nur ganz ausnahmsweise auf Grund von Dienstverhältnissen tätig ist⁷¹⁵. Umgekehrt kommt VW 2 II immer dann zur Anwendung, wenn entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer oder beide nur ausnahmsweise ein Dienstverhältnis abschliessen⁷¹⁶. Für die Befreiung von der Beitragspflicht gemäss VW 2 II genügt somit nach der Praxis der AKL die Tatsache allein, dass ein Dienstverhältnis von einmaligem oder gelegentlichem Charakter vorliegt, noch nicht, sondern erforderlich ist dazu, dass entweder der

⁷¹³ AKL 465, ZLV-1944, 291; AKL 694, ZAK 1946, 512.

⁷¹⁴ Vgl. Zitate N 717 und 719.

⁷¹⁵ AKL i. Sa. S. r. de sp. vom 15.4.43, Erw. II/1.

⁷¹⁶ AKL i. Sa. S. r. de sp. vom 15.4.43, Erw. II/2.

Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise Dienstverhältnisse eingehen.

Diese Grundsätze sind von der AKL vorwiegend im Hinblick auf die Arbeitsverhältnisse von Personen, welche zum Auftreten auf Bühnen, an Konzerten oder andern Veranstaltungen engagiert werden, entwickelt worden. Darnach besteht die Beitragspflicht bei einmaligen oder vorübergehenden Engagements von Schauspielern, Künstlern, Musikern, Artisten usw. nur dann, wenn die Künstler selbst üblicherweise auf Grund solcher Engagements tätig sind und sich von Unternehmungen engagieren lassen, die ebenfalls üblicherweise und nicht bloss ausnahmsweise Künstler anstellen, auch wenn es nur ganz vorübergehend geschieht⁷¹⁷. Dagegen entfällt die Beitragspflicht gemäss VW 2 II zum Beispiel in Fällen, in denen eine Privatperson anlässlich eines Konzertes eines Gesangsvereins als Solist auftritt, die sonst solche Engagements nicht eingeht, denn in diesem Falle sind auf Arbeitnehmerseite die Voraussetzungen der Beitragspflicht nicht erfüllt, oder in Fällen, in denen ein Musiker, der üblicherweise in Engagements auftritt, für einen Familienanlass engagiert wird, denn in diesem Falle sind auf Arbeitgeberseite die Voraussetzungen der Beitragspflicht nicht gegeben⁷¹⁸.

Obgleich, wie bereits erwähnt, diese Grundsätze speziell für die vorstehend genannten Verhältnisse ausgearbeitet wurden, müssen sie allgemein Geltung haben; denn es geht wohl nicht an, die Bestimmung von VW 2 II für bestimmte Personen besonders auszulegen⁷¹⁹. Ob diese Interpretation aber, was die Voraussetzungen auf Arbeitnehmerseite anbetrifft, insbesondere auch für die gesetzlichen Beispiele der Wasch- und Putzfrauen angewendet wird, ist aus der Praxis der AKL nicht ersichtlich. Die AKL hat lediglich ausdrücklich entschieden, dass auf Wasch- und Putzfrauen die Vorschrift von VW 2 II schlechthin keine Anwendung finde, sobald der Arbeitgeber andere Arbeitskräfte beschäftige und deshalb bereits einer Ausgleichskasse angeschlossen sei⁷²⁰. Die

⁷¹⁷ AKL i. Sa. S. r. de sp. vom 15.4.43; AKL i. Sa. R. SA vom 15.4.43; AKL 400, ZLV 1944, 62; AKL i. Sa. W. St. vom 26.12.43; AKL 507, ZLV 1944, 456.

⁷¹⁸ AKL 699, ZAK 1946, 574.

⁷¹⁹ Anwendungsfälle: z. B. Zeitungsverträge (AKL 360, Erw. 1, letzter Abs., ZLV 1943, 446); Zeiger von Schiessvereinen (Ausk. 80, ZLV 1942, 346).

Frage dagegen, ob dies nur dann zutreffen soll, wenn auch die Arbeitnehmer (d. h. die Wasch- und Putzfrauen) nicht bloss ausnahmsweise, sondern üblicherweise auch bei andern Arbeitgebern vorübergehend tätig sind und damit gewerbsmässig arbeiten, ist offen gelassen worden. Damit ist anzunehmen, dass die Voraussetzungen auf Arbeitnehmerseite bei der Anwendung von VW 2 II auf Wasch- und Putzfrauen nach der Praxis gar nicht zu prüfen sind, dass somit allein ausschlaggebend ist, ob der Arbeitgeber bereits anderer Dienstverhältnisse wegen einer Ausgleichskasse angeschlossen ist oder nicht. Diese von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Praxis in bezug auf Wasch- und Putzfrauen ist keineswegs zu billigen, da die Anwendung von VW 2 II einseitig lediglich von den Voraussetzungen auf Arbeitgeberseite abhängig gemacht und nicht mehr vom Standpunkt des Arbeitnehmers aus behandelt wird, wie dies nach dem Wortlaut des Gesetzes — „Personen, die . . . , gelten nicht als Unselbständigerwerbende“ — primär der Fall sein sollte. Ueberdies hat diese Praxis zur Folge, dass in den Fällen, in denen der Arbeitgeber bereits einer Ausgleichskasse angeschlossen ist, die Frage überhaupt nicht mehr erheblich ist, ob eine regelmässige oder eine bloss einmalige bzw. gelegentliche Tätigkeit vorliegt. Die in Ziff. 1 vorstehend vorgenommene Abgrenzung zwischen der regelmässigen und der gelegentlichen Tätigkeit ist somit hinsichtlich der Wasch- und Putzfrauen nur noch dann von Bedeutung, wenn in Frage steht, ob ein Arbeitgeber infolge der Anstellung einer solchen Frau einer Ausgleichskasse angeschlossen werden soll oder nicht ⁷²¹.

3. Die vorstehend unter Ziff. 2 dargestellten, von der AKL ausgearbeiteten Grundsätze gelten, wie sich aus der Rechtsprechung ergibt, nicht für die Berufsgruppe der Handelsreisenden, Vertreter, Agenten usw.; Vfg. 44 Art. 4 bzw. VW 2 II kommt hier nämlich zur Anwendung, auch wenn sie — weil der Arbeitgeber bereits einer Ausgleichskasse angeschlossen ist — nicht gerechtfertigt wäre; d. h. die vorn Eingangs von Ziff. 2 erwähnte, von der AKL geltend gemachte ratio legis von VW 2 II, wonach diese Bestimmung bei bloss einmaligen oder gelegentlichen kurzen Dienstleistungen den Anschluss des betreffenden Arbeitgebers an eine Ausgleichskasse und damit die Er-

⁷²⁰ AKL 694, ZAK 1946, 512.

⁷²¹ Vgl. AKL 694, ZAK 1946, 512.

hebung von Beiträgen vermeiden wolle, die in keinem angemessenen Verhältnis zu den Kosten des technischen Aufwandes stehen, soll offenbar für Art. 4 der Vfg. 44 nicht zutreffen. Diese Bestimmung wird somit insofern von VW 2 II abweichend ausgelegt, als einzig und allein darauf abgestellt wird, ob ein Handelsreisender, Vertreter usw. (gemäss der vorn Ziff. 1 dargelegten Abgrenzung) regelmässig oder bloss gelegentlich tätig ist ⁷²².

D. Eine Gesamtbetrachtung dieser Auslegungsregeln von VW 2 II bzw. Vfg. 44 Art. 4 vermittelt den Eindruck einer ziemlich komplizierten Interpretationsweise, die zur Folge hat, dass über die Anwendung dieser Vorschrift bei den Ausgleichskassen und Arbeitgebern eine gewisse Unsicherheit und Unklarheit herrscht, wozu jedoch namentlich auch die gesetzgeberisch unklare und unbestimmte Ausdrucksweise dieser Norm beiträgt. Eine Präzisierung derselben durch den Gesetzgeber selbst wäre, wie die AKL einmal mit Recht feststellte ⁷²³, sehr erwünscht gewesen.

Zudem aber führt diese Auslegungspraxis zu Konsequenzen, die von den Beitragspflichtigen als stossend empfunden werden müssen. So dürfte es wohl z. B. einer Putzfrau, die bei verschiedenen Arbeitgebern abwechselungsweise tätig ist, kaum verständlich sein, wenn sie für eine Tätigkeit von gleicher Art und gleicher Dauer das eine Mal der Beitragspflicht unterworfen und das andere Mal davon befreit wird je nachdem, ob der jeweilige Arbeitgeber zufällig noch andere Arbeitskräfte beschäftigt und deshalb einer Ausgleichskasse angeschlossen ist oder nicht!

Ob sich überhaupt die Ausgleichskassen in ihrer Praxis an diese von der AKL inaugurierte Interpretationsweise hielten, möchte der Verfasser in Zweifel ziehen.

⁷²² Vgl. AKL 704, ZAK 1947, 11.

⁷²³ AKL 203, ZLV 1942, 320.

LEBENS LAUF

Am 20. Juli 1918 wurde ich in Stein am Rhein geboren, wo ich auch die Elementar- und Realschule absolvierte. Nach dreieinhalbjährigem Besuch der Kantonsschule Schaffhausen bestand ich im Jahre 1937 die Maturität Typus A. Daran anschliessend studierte ich an den Universitäten Zürich und Paris Rechtswissenschaft und schloss das durch Leistung von Aktivdienst häufig unterbrochene Studium am 13. Dezember 1947 in Zürich mit dem juristischen Doktorexamen ab.
